ÜBER DEN BEGRIFF
DES
MINDERKAUFMANNS

LEIPZIGER JURISTISCHE INAUGURALDISSERTATION

VON

WILLIBALD EMIL WEISS
REFERENDAR IN PLAUEN I. V.

LEIPZIG
VERLAG VON VEIT & COMP.
1905

ÜBER DEN BEGRIFF
DES
MINDERKAUFMANNS

LEIPZIGER JURISTISCHE INAUGURALDISSERTATION

VON

WILLIBALD EMIL WEISS
REFERENDAR IN PLAUEN I. V.

LEIPZIG
VERLAG VON VEIT & COMP.
1905

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. Der Kaufmannsbegriff im allgemeinen und die Wirkungen der Minderkaufmannseigenschaft insbesondere 1

§ 2. Der Kreis der Minderkaufleute nach dem alten Handelsgesetzbuche; Übergangsbestimmungen 5

Erster Teil. Die Handwerker.

§ 3. Wer ist Handwerker? 7

§ 4. Ist jeder Handwerker Kaufmann? 18

§ 5. Ist jeder Handwerker-Kaufmann Minderkaufmann? 22

Zweiter Teil. Die Kleingewerbetreibenden.

§ 6. Wer ist Kleingewerbetreibender? 27

§ 7. Ist jeder Kleingewerbetreibende Kaufmann? 34

§ 8. Ist jeder kleingewerbetreibende Kaufmann Minderkaufmann? . 35

Dritter Teil. Einzelne Besonderheiten.

§ 9. Minderkaufmann und Vollkaufmann in einer Person 38

§ 10. Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann 39

Schlußbemerkungen 41

Literatur 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0107

Einleitung.

§ 1.

Der Kaufmannsbegriff im allgemeinen und die Wirkungen der Minderkaufmannseigenschaft insbesondere.

Der Kaufmannsbegriff hat im Laufe der Zeiten mancherlei Wandlungen erfahren und ist, seitdem und wo die moderne Gesetzgebung für den Kaufmann ein besonderes Recht (jus singulare) geschaffen,[1] jederzeit in der Juristensprache ein anderer gewesen als nach den Anschauungen des täglichen Lebens. Der Laie spricht in der Regel nur denjenigen als Kaufmann an, der Waren einkauft, um sie unverarbeitet wieder zu verkaufen, der sich also lediglich mit dem Umsatz der Güter, d. i. mit dem Handel im wirtschaftlichen Sinne befaßt. Viel weiter geht zumeist der Jurist, der den vom Gesetzgeber für ein bestimmtes Rechtsgebiet aufgestellten Begriff zu verwerten hat. Für ihn ist z. B. nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 4 Kaufmann jeder, der gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, während das seit dem 1. Januar 1900 geltende Handelsgesetzbuch hauptsächlich zwei Klassen von Kaufleuten kennt, nämlich solche kraft Gewerbes (nach § 1), auch Mußkaufleute genannt,[2] und solche kraft Gewerbes und Eintragung ins Handelsregister (nach § 2 und § 3) die sogenannten Soll- und Kannkaufleute.[2] Jene erlangen die Kaufmanns-

[1] Dies ist nicht allenthalben geschehen. So besitzen noch heute kein kodifiziertes besonderes Handelsrecht z. B. Großbritannien, die Vereinigten Staaten von Nordamerika, die Skandinavischen Staaten (Dänemark, Schweden und Norwegen).

[2] Im Anschluß an Veit Simon in den Beiträgen zur Beurteilung des Entwurfes eines HGB. von Makower und Simon 1896.

eigenschaft ipso jure durch den Betrieb eines der im § 1 aufgezählten Handelsgewerbe, diese erst mit der — obligatorischen (im Falle des § 2), bezw. fakultativen (im Falle des § 3) — Eintragung ins Handelsregister auf Grund eines gewerblichen Unternehmens, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.[1] Für diese Kaufleute ist das neue Handelsgesetzbuch in erster Linie bestimmt; sie sollen in ihren gewerblichen Beziehungen nach diesen besonderen, mitunter sehr strengen Sätzen des Handelsrechts beurteilt werden. Da indessen der Kaufmannsbegriff schon nach dem alten und noch mehr nach dem neuen Handelsgesetzbuch ein sehr umfassender ist und die verschiedenartigsten Elemente in sich schließt, sind wie früher so auch heute gewisse Kaufleute von einer Anzahl für sie zu lästiger oder zu gefährlicher Bestimmungen durch positive Gesetzesvorschrift ausgenommen; man nennt sie in der Doktrin seit Goldschmidt[2] allgemein „Kaufleute minderen Rechts“ (minoris juris) oder kurz „Minderkaufleute“, eben weil sie nur einem Teile des Handelsrechts unterworfen sind im Gegensatze zu den „Vollkaufleuten“ (optimi juris), die ihm voll und ganz unterstehen.[3]

Keine Anwendung fanden[4] und finden[5] auf den Minder-

---

[1] Wer also weder ein Grundhandelsgewerbe betreibt, noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann heute, abgesehen von den Handelsgesellschaften, die auch ohne diese Voraussetzung nach § 6 HGB. (vgl. auch § 17 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 bei Friedberg S. 562) als Kaufleute gelten, unter keinen Umständen Kaufmann sein. Zu beachten bleibt dabei natürlich immer, daß dieser Kaufmannsbegriff zunächst nur für das Geltungsgebiet des HGB. maßgebend ist und andere Gesetze, z. B. Gewerbe-, Steuer-, Prozeß-, Strafgesetze nicht notwendig an ihn gebunden sind, vgl. Lehmann und Ring Bd. 1 S. 3 Nr. 1 zu § 1.

[2] Goldschmidt Bd. 1 S. 521 § 46 VI, 2.

[3] Doch bezeichnet man als Minderkaufleute nur die in Art. 10 bezw. § 4 aufgezählten, nicht z. B. die nach § 36 von der Beobachtung einzelner handelsrechtlicher Vorschriften befreiten Kaufleute, auch nicht die eingetr. Genossenschaften, denen ja auch ein Institut des Handelsgesetzbuchs, nämlich die Prokura nach § 42 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes (bei Friedberg S. 568) versagt ist.

[4] Vgl. altes HGB. Art. 10 Abs. 1.

[5] Vgl. neues HGB. § 4 Abs. 1.

kaufmann insbesondere die Vorschriften über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura: er ist also nicht berechtigt und nicht verpflichtet, seinen Geschäftsnamen als Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen[1] und die sich daraus ergebende Sonderstellung einzunehmen,[2] er braucht keine Handelsbücher zu führen und kann deshalb nicht auf Grund der §§ 239 Ziff. 3, 240 Ziff. 3 KO. wegen betrügerischen, bezw. einfachen Bankerutts bestraft werden, auch einen Prokuristen kann er für sein Minderhandelsgewerbe nicht haben.

Dieser schon nach altem Rechte bestehende Gegensatz zwischen Voll- und Minderkaufleuten ist heute auch auf das rechtsgeschäftliche Gebiet ausgedehnt worden (§ 351): anders als der Vollkaufmann kann der Kaufmann minderen Rechts gemäß § 343 BGB. die Herabsetzung einer im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafe beantragen (§ 348), kann er sich als Bürge mit Erfolg der Einrede der Vorausklage des § 771 BGB. bedienen (§ 349), auch gelten für ihn die Schutzvorschriften der §§ 766, 780, 781 BGB., die für die Gültigkeit einer Bürgschaft, eines Schuldversprechens und eines Schuldanerkenntnisses die Schriftform verlangen (§ 350).

Im übrigen sind alle Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in gleicher Weise für Minderkaufleute wie für Vollkaufleute maßgebend, wenn sich auch zuweilen eine abweichende Behandlung von selbst ergeben wird, so z. B. bei der Beurteilung des „ordnungsmäßigen Geschäftsganges“ im § 377, ferner in allen Fällen, wo Verzug, Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Fahrlässigkeit usw. in Frage kommen; ein Minderkaufmann, der allermeist Kleinkaufmann ist, muß selbstverständlich mit anderem Maßstabe gemessen werden als der Inhaber eines großen, vollkaufmännischen

---

[1] Der Name, unter dem ein Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, ist keine Firma, sondern eben bloßer Geschäftsname. RG. Bd. 55 S. 85.

[2] So findet z. B. § 25 HGB. auf ihn keine Anwendung, vgl. RG. a. a. O. Auch folgt schon hieraus, was in HGB. § 4 Abs. 2 überflüssigerweise noch besonders hervorgehoben ist, daß eine Vereinigung zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes nie eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft sein kann; denn diese Gesellschaften setzen gerade einen Geschäftsbetrieb unter gemeinsamer „Firma“ voraus.

Geschäftes.[1] Auch besondere Handelsusancen[2] und sogar ein besonderes Handelsgewohnheitsrecht[3] können sich für Minderkaufleute herausbilden.

Außer im Handelsgesetzbuche spielt der Unterschied zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann aber noch in anderen Gesetzen eine nicht unwichtige Rolle:

Nach dem Gerichtsverfassungsgesetze[4] kann ein Minderkaufmann als solcher nicht zum Handelsrichter ernannt werden, nach den Gesetzen über die Handels- und Gewerbekammern[5] besitzt er weder das aktive noch das passive Wahlrecht zur Handelskammer und braucht deshalb keine Beiträge zu derselben zu leisten.[6] Ferner bestimmt die Novelle zum Wuchergesetze vom 19. Juni 1893 im Art. 4 Abs. 3 Ziff. 3, daß die in Abs. 1 geforderte Rechnungslegung nicht stattzufinden braucht bei Kaufleuten, deren Firma ins Handelsregister eingetragen ist. Endlich findet das Gesetz, betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894[7] (nach § 8 dieses Gesetzes) nicht zugunsten von Warenempfängern, welche Vollkaufleute, wohl aber zugunsten von solchen, die Minderkaufleute sind, Anwendung; das Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896[8] (nach § 13 dieses Gesetzes) gilt nur für Vollkaufleute.

Aus den angeführten Wirkungen der Minderkaufmannseigen-

---

[1] Vgl. Staub, Bd. 1 S. 77, Nr. 6.

[2] Behrend, S. 192 Ann. 7.

[3] Ein solches hat sich z. B. beim Kontokurrent gebildet, vgl. ROHG. Bd. 2 S. 443, Bd. 13 S. 440.

[4] GVG. § 113.

[5] Vgl. z. B. das sächsische Gesetz, die Handels- und Gewerbekammern betreffend, vom 4. August 1900 §§ 7, 12, 19 im Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen v. Jahre 1900 S. 867 ff. und das preußische Gesetz über die Handelskammern vom 19. August 1897 § 3 Abs. 2 Ziff. 1, § 7.

[6] Dieser äußerst praktische Gesichtspunkt ist es, der vielfach, so in Leipzig, einen heftigen Streit über den Begriff des Minderkaufmanns zwischen den Handels- und den Handwerkskammern (in Sachsen Gewerbekammern) entfacht hat; vgl. hierüber Denkschrift d. HK. Stolp im allgemeinen und insbesondere S. 59 ff., sowie die Mitteilungen und Jahresberichte jener Kammern, z. B. Gew.-KB. Leipzig über das Jahr 1903 S. 13 ff.

[7] Bei Friedberg S. 495.

[8] Bei Friedberg S. 506.

schaft geht hervor, von welcher außerordentlichen Tragweite die Unterscheidung von Voll- und Minderkaufmann ist und welche praktische Bedeutung die Festlegung und Abgrenzung des Begriffes „Minderkaufmann“ hat.

Da wir uns in unserer Darstellung auf das neue, jetzt geltende Recht beschränken werden, sei es uns in einem zweiten einleitenden Paragraphen noch gestattet, mit einigen Worten auf den Begriff und Kreis der Minderkaufleute nach dem alten Handelsgesetzbuch einzugehen.

§ 2.

Der Kreis der Minderkaufleute nach dem alten Handelsgesetzbuche; Übergangsbestimmungen.

Im Artikel 10 des alten HGB. hieß es:

„Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung.“

Jedoch fügte Absatz 3 hinzu:

„Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen.“

Darnach hatte das alte HGB. den Begriff des Minderkaufmanns bloß subsidiär bestimmt; die Landesgesetzgebungen konnten den Kreis sowohl weiter als enger ziehen.[1] Taten sie das eine oder das andere — und das ist zum Teil in aus-

[1] Vgl. Behrend S. 190.

gedehnter Weise geschehen[1] — so galten in erster Linie ihre Festsetzungen.

Also nur in Ermangelung anderweiter landesrechtlicher Regelung waren nach altem Rechte Minderkaufleute:

1. die Höker, Trödler, Hausierer und Wirte, und zwar stets, ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Gewerbes;

2. die den Hökern, Trödlern oder Hausierern ähnlichen Handelsleute,[2] sowie die Fuhrleute und Schiffer, jedoch insgesamt nur bei geringerem Gewerbebetriebe;

3. alle Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausging; damit waren die Handwerker gemeint. Alle anderen Kaufleute galten selbst beim geringfügigsten Gewerbebetrieb als Vollkaufleute; „ein kleiner Kaufmann mit offenem Laden war daher früher anstandslos in das Handelsregister einzutragen, gleichgültig, ob sein Geschäftsumfang bedeutend oder gering war".[3] Im allgemeinen ließ also das alte HGB. die Art des Handelsbetriebes entscheidend sein für den Begriff des Minderkaufmanns und rechnete durchaus nicht das ganze Kleingewerbe darunter.[4]

Das ist seit dem 1. Januar 1900 anders geworden; denn das neue HGB. berücksichtigt vorwiegend den Umfang, indem es alle Kleingewerbtreibenden zu den Minderkaufleuten zählt, und nur beim Handwerk auch die Art des Gewerbebetriebes.[5] Nicht alle in Art. 10 aufgeführten Kaufleute sind daher nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes Minderkaufleute geblieben. Vielmehr haben sie, soweit sie nach den neuen Vorschriften begrifflich zur Vollkaufmannschaft gehören, wie z. B. die Höker, Trödler, Hausierer und Wirte bei Großbetrieb, mit dem 1. Januar 1900 ohne

[1] Vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 541 Anm. 49, von Hahn Bd. 1 S. 52f., Behrend S. 199 Zusatz III.

[2] Über den Sinn und die Auslegung der Gesetzesworte „und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb" herrschte Streit, vgl. darüber z. B. Goldschmidt Bd. 1 S. 529f. Anm. 36 zu § 46, sowie von Hahn Bd. 1 S. 46f. § 8 zu Art. 10.

[3] Lotze in Gruchots Beitr. 44. Jahrg. 1900, S. 407.

[4] Vgl. Makower Bd. 1 S. 17.

[5] Vgl. Makower Bd. 1 S. 17.

weiteres ihre Minderkaufmannseigenschaft verloren,[1] und umgekehrt sind die bisherigen Vollkaufleute von diesem Tage an Minderkaufleute geworden, wenn sie jetzt unter HGB. § 4 fallen, wie die Kleingewerbetreibenden, deren Gewerbe mit dem der Höker, Trödler oder Hausierer keine Ähnlichkeit hat.[2]

Aber auch nach dem neuen HGB. ist, wie schon nach dem alten, Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft die Kaufmannseigenschaft; nur wer Kaufmann ist, kann Minderkaufmann sein. Auf sonstige persönliche Eigenschaften kommt es nicht an: auch juristische Personen, Minderjährige und Entmündigte, Frauen — heute sogar Ehefrauen ohne Zustimmung ihres Mannes — können Kaufleute, also auch Minderkaufleute sein.

Das Reichsrecht, das jetzt ausschließlich diese Materie im Handelsgesetzbuche geregelt hat, nennt nur zwei Klassen von Minderkaufleuten: die Handwerker und die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also die Kleingewerbetreibenden. Diese beiden Begriffe im allgemeinen und in Beziehung zu dem des Minderkaufmanns sollen der Gegenstand der folgenden Abhandlung sein.

Wir beschäftigen uns zunächst mit den „Handwerkern".

Erster Teil. Die Handwerker.

§ 3.

Wer ist Handwerker?

Wie jeder dem Wirtschaftsleben angehörige Begriff ist auch der des Handwerks ein flüssiger, der sich nicht ein für allemal scharf umgrenzen läßt. Eine feststehende, für alle Fälle und alle

[1] Sind also nunmehr auf Grund von § 29 HGB. verpflichtet, sich eintragen zu lassen, wozu sie eventuell nach § 14 durch Ordnungsstrafen angehalten werden können. Die Frage nach der Gültigkeit und den Wirkungen der von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte richtet sich aber natürlich nach dem zur Zeit des Abschlusses geltenden Rechte.

[2] Hierbei ist jedoch die in das neue HGB. eingefügte außerordentlich wichtige Bestimmung des § 5 zu beachten, vgl. darüber unten in § 10. Außerdem greift hier Art. 22 Abs. 1 des EG. zum HGB. ein.

Zeiten zutreffende Definition aufstellen zu wollen, wäre daher ein verfehltes Beginnen.[1] „Unter diesen Umständen kann die Entscheidung hinsichtlich des Begriffes des Handwerks nur auf dem Gebiete der allgemeinen, beziehentlich einer besonderen örtlichen Auffassung des Verkehrs hierüber gesucht und gefunden werden."[2] Diese Verkehrsanschauung wird also bei Beantwortung unserer Frage, wer Handwerker ist, die Hauptrolle spielen. Wir finden sie ausgesprochen einmal in der Literatur und dann insbesondere in der Rechtsprechung unserer Gerichte. Diese beiden Quellen werden wir der folgenden Erörterung über den Begriff des Handwerks zugrunde legen.

Allgemein und von jeher hat man von dem Begriffe des Handwerks ausgeschlossen einerseits die Urproduzenten (Landwirt, Forstwirt, Bergmann sind keine Handwerker) und andererseits die Künstler.[3] Wiewohl schon hier Übergänge nach beiden Richtungen hin Zweifel und Schwierigkeiten bezüglich der Abgrenzung bieten können,[3] dürfte doch eine andere Gegenüberstellung weit interessanter und zugleich lehrreicher sein; wir meinen die von Handwerk und Fabrik.[4] Diese Unterscheidung, die für die nächsten Paragraphen, ja teilweise für die ganze folgende Darstellung von Wichtigkeit sein wird, wollen wir deshalb an dieser Stelle einer eingehenderen Betrachtung unterziehen.[5]

---

[1] „Es hieße das, die Quadratur des Zirkels lösen wollen", sagt die Denkschr. d. HK. Stolp S. 67.

[2] RG. i. StS. Bd. 21 S. 211.

[3] Vgl. Puchelt-Förtsch Bd. 2 S. 731 Anm. 17.

[4] Die Frage nach der Abgrenzung von Handwerk und Fabrik wird gegenwärtig wieder viel erörtert und ist auch in der Reichstagssitzung vom 28. Februar d. Js. aufgeworfen worden. Nach den Angaben des Staatssekretärs des Inneren in dieser Sitzung hat der preußische Handelsminister eine Zusammenstellung der einschlägigen Gedanken anfertigen lassen und soll eine Regelung dieser Begriffe in der nächsten Novelle zur Gewerbeordnung, die seit längerer Zeit in Vorbereitung ist, erfolgen. Auch der vierte deutsche Handwerks- und Gewerbekammertag in München im September 1903 hat sich in einer Resolution für eine gesetzliche Regelung der Begriffe ausgesprochen, vgl. Gew. KB. Leipzig über das Jahr 1903 S. 53.

[5] Der Unterschied ist außer im HGB. auch in zahlreichen anderen Gesetzen von Bedeutung, so z. B. in der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869,

„Fabrik“ und „Handwerk“ gehören beide zu denjenigen Gewerbebetrieben, die sich mit der Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen, Halbfabrikaten oder fertigen Erzeugnissen befassen (sogen. stoffveredelnde Gewerbe).[1] Jedenfalls steht also über ihnen der höhere, sie beide umfassende Begriff des „Gewerbes“, d. i. im weitesten Sinne „jede bestimmte, berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit zum Zwecke des Gütererwerbs (auch z. B. die des Arztes)“[2] im engeren, zugleich „dem gewöhnlichen Sprachgebrauch“[3] entsprechenden Sinne des HGB. jede erlaubte, von vornherein auf den Abschluß einer ganzen Reihe zusammengehöriger Geschäfte gerichtete Tätigkeit, die, dem Publikum erkennbar,[4] als regelmäßige, dauernde Erwerbsquelle dient und nicht in Ausübung einer Wissenschaft oder Kunst besteht (nicht also z. B. die des Arztes und Bildhauers).[5] „Fabrik und Handwerk sind aber keine verschiedenen Gewerbszweige, sondern nur verschiedene Betriebsformen eines und desselben Gewerbes; es gibt kein besonderes Fabrikgewerbe und Handwerksgewerbe, sondern nur eine fabrikmäßige und eine handwerksmäßige Form der Ausübung des Gewerbes“,[6] wobei die letztere zeitlich die frühere ist.[7] Eine irgend genaue **allgemeine** Fixierung der Grenzlinie zwischen beiden ist nicht durchführbar.[8] Wenn fabrikmäßiger, wenn handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, ist vielmehr Tatfrage und von

---

im Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, im Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 u. a.

[1] Vgl. Landmann Bd. 1 S. 29. Bd. 2 S. 281 Anm. 3a.

[2] Bücher in Conrads Handw. d. Staatsw. Bd. 4 S. 360.

[3] Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 197.

[4] a. A. allein Staub Bd. 1 S. 44 Anm. 19.

[5] Vgl. ROHG. Bd. 3 S. 407, Bd. 9 S. 437, Bd. 14 S. 118, Bd. 22 S. 303, RG. Bd. 37 S. 297, Bd. 38 S. 20, Thöl Bd. 1 S. 109ff., Goldtschmidt Bd. 1 S. 454ff., Behrend S. 93ff., von Hahn Bd. 1 S. 22f. § 8 zu Art. 10, Puchelt-Förtsch Bd. 1 S. 16f., Gareis S. 47, 65, Staub Bd. 1 S. 43 3a, Lehmann und Ring Bd. 1 S. 3f. Absatz 1 Nr. 3 bis 8, Makower Bd. 1 S. 5f., Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 197, Cosack Bd. 1 S. 22.

[6] OVG. Bd. 4 S. 341.

[7] Vgl. Gew.-KB. Dresden über das Jahr 1901 S. 32.

[8] Vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 509f., Conrad Bd. 2 S. 157.

Fall zu Fall zu entscheiden.[1] Dabei sind nicht maßgebend die subjektiven Ansichten der jeweilig entscheidenden Persönlichkeit, etwa des Richters, sondern die von Rechtsprechung und Wissenschaft aufgestellten objektiven Merkmale,[2] die einen Gewerbebetrieb je nachdem zu einem fabrikmäßigen oder einem handwerksmäßigen stempeln können. Indessen ist nie auf einzelne Tatsachen entscheidendes Gewicht zu legen, sondern alle in Betracht kommenden Umstände im Vergleich mit den Verhältnissen anderer gleichartiger Betriebe sind zu berücksichtigen.[3]

Wiewohl sich also eine allgemeine Definition für Fabrik oder für Handwerk nicht geben läßt, sind doch zahlreiche Versuche in dieser Beziehung nicht nur von der Wissenschaft, sondern ebenso von der Gesetzgebung gemacht worden, besonders was den Fabrikbegriff anlangt.

So bezeichnet das Preußische Landrecht von 1794[4] als Fabriken „Anstalten, in welchen die Verarbeitung oder Verfeinerung gewisser Naturerzeugnisse im großen getrieben wird.“[5] In ähnlicher Weise stellen neuere Gesetze auf den Umfang ab, indem sie die Zahl der beschäftigten Arbeiter für den Begriff einer Fabrik, wenn auch nur im Sinne und für das Geltungsgebiet des betreffenden Gesetzbuches, ausschlaggebend sein lassen. Das sächsische Gewerbegesetz vom 15. Oktober 1861 z. B., sowie das französische Gesetz vom 22. Februar 1841 und die österreichischen Gewerbeordnungen von 1859 und 1885 bestimmen, daß ein Betrieb mit 20 und mehr Arbeitern, das Reichsunfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884[6] und ein italienisches Ge-

[1] Vgl. Denkschrift d. HK. Stolp S. 68 und Entscheidung des OLG's. Hamburg vom 16. Dez. 1897, mitgeteilt in der DJZ. Jahrg. 1899 S. 180. Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 53.

[2] Vgl. OVG. Bd. 4 S. 342.

[3] Vgl. von Landmann Bd. 2 S. 281f., RG. i. StS. Bd. 26 S. 162.

[4] ALR. II 8 § 407.

[5] Dieser Begriff, der nur das Merkmal des Großbetriebes enthält, ist nach der ausgesprochenen Absicht der Reichsgesetzgebung nicht mehr maßgebend. RG. i. StS. Bd. 14 S. 427.

[6] Betreffs der Entscheidungen, die das Reichsversicherungsamt nach § 1 Abs. 5 dieses Gesetzes bezüglich der Zugehörigkeit von Gewerbebetrieben

setz von 1886, daß ein Betrieb mit mehr als 10 Arbeitern als Fabrik anzusehen sei.[1]

Solche zahlenmäßige Festsetzungen sind völlig willkürlich und deshalb für eine allgemeine Begriffsbestimmung nicht verwertbar.

Etwas mehr in das Wesen der Sache dringen ein Definitionen wie die des schweizerischen Fabrikgesetzes vom 23. März 1877:[2] Fabrik sei jede industrielle Anstalt, in welcher gleichzeitig eine Mehrzahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in geschlossenen Räumen beschäftigt wird. Oder die in der Reichstagskommission, welche über die Novelle zur Gewerbeordnung vom Jahre 1878 vorberiet, vorgeschlagene: „Als Fabriken im Sinne dieses Gesetzes gelten Gewerbeunternehmungen, welche in geschlossenen Etablissements unter Verwendung von mehr als 10 Arbeitern mit Hilfe elementarer Betriebskräfte oder nach dem Prinzipe der Arbeitsteilung betrieben werden.“[2] Jedoch genügen auch diese Bestimmungen nicht. Einmal gibt es auch Handwerksstätten, in denen eine größere Anzahl von Arbeitern beschäftigt wird;[3] verwendet heutzutage, wo sich die Kleinkraftmaschine mehr und mehr verbreitet, auch das Handwerk elementare Kräfte in Gestalt von Motoren und Maschinen,[4] und dann fehlt es umgekehrt auch nicht an Fabriken, die keine Maschinen in Gebrauch haben.[5]

Um auch die Wissenschaft zu Worte kommen zu lassen, seien aus neuerer Zeit noch zwei Definitionen von Nationalökonomen, die ja diese Materie besonders angeht, erwähnt. Nach Bücher[6] ist Fabrik diejenige Art des gewerblichen Betriebes, bei welcher ein Unternehmer regelmäßig eine größere Zahl von Arbeitern außer-

---

zum Fabrikbegriff im Sinne dieses Gesetzes gefällt hat, vgl. Handbuch der Unfallversicherung S. 95 ff.

[1] Roscher, System der Volkswirtschaft Bd. 3 S. 710. Anm. 4.

[2] Vgl. RG. i. StS. Bd. 14 S. 426.

[3] Vgl. unten S. 15.

[4] An Maschinen finden sich im Handwerksbetrieb z. B. die Druckerpresse, die Näh- und Hobelmaschine, die Drehbank.

[5] Z. B. Ziegeleien, Zigarren- und Blumenfabriken; vgl. von Landmann Bd. 2 S. 284, Conrad S. 157 Bd. 2.

[6] Bücher in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 4 S. 383.

halb ihrer Wohnung in eigener Betriebsstätte beschäftigt, nach von Philippovich[1] eine gewerbliche Unternehmung, in welcher eine größere Zahl von Arbeitern in der geschlossenen Werkstätte des Unternehmers regelmäßig unter Anwendung entwickelterer Technik und Aufwendung größeren Kapitals beschäftigt wird. Daß auch diese Sätze Allgemeingültigkeit nicht beanspruchen, geht aus ihnen selbst hervor; denn das darin aufgenommene Wort „regelmäßig" sagt eben, daß sie zwar für viele, aber nicht für alle Fälle zutreffen. Eine erschöpfende und durchgreifende allgemeine Begriffsbestimmung ist auch der Wissenschaft nicht gelungen, und darum vermeidet es die neueste Gesetzgebung überhaupt, die flüssigen Begriffe Fabrik und Handwerk zu fixieren.[2] Schon die Nürnberger Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches[3] und ebenso die oben genannte Reichstagskommission zur Vorberatung einer Novelle der Gewerbeordnung lehnten eine Festsetzung schlechthin ab.

Vom Handwerk ist uns eine Legaldefinition überhaupt nicht bekannt. Weder das HGB. noch das für die Handwerker bedeutsamste Gesetz, die Reichsgewerbeordnung,[4] kennen eine solche. In den Protokollen zum alten HGB. war vorgeschlagen:[5] Handwerksbetrieb liegt vor, insoweit die Handarbeit den vorherrschenden Faktor der Werterzeugung bildet. Diese Auffassung ist eine viel zu enge, da sich der Handwerker unserer Tage infolge der zahlreichen technischen Erfindungen der Neuzeit nicht mehr bloß und vielfach nicht einmal mehr vorherrschend auf „der Hände Werk" beschränkt. Aber auch die Nationalökonomen definieren nur unbefriedigend Handwerk als „dasjenige gewerbliche Betriebssystem, bei welchem der Produzent als Eigentümer sämtlicher Betriebsmittel Tauschwerte für nicht seinem Haushalt angehörende Konsumenten erzeugt"[6] oder als „berufsmäßige Produktion für

[1] von Philippovich Bd. 2 S. 87.

[2] Vgl. RG. i. StS. Bd. 8 S. 126.

[3] Vgl. Königsberger S. 9.

[4] Vgl. von Landmann Bd. 1 S. 654d, Bd. 2 S. 382 3a, RG. i. StS. Bd. 14 S. 423.

[5] Protokolle S. 514.

[6] Bücher a. a. O. S. 375.

den Markt, mit wenig oder keinen Maschinen, mit kleinem Kapital, für einen lokalen Absatz unmittelbar an die Kunden."[1] Eine solche Aufzählung einzelner Merkmale, die durchaus nicht einmal immer vorhanden zu sein brauchen, deckt auch nicht annähernd den in Frage stehenden Begriff.

Infolge der Unvollkommenheit aller Definitionen von Fabrik und Handwerk erkennt die herrschende Rechtsauffassung keine einzige als allgemein maßgebend an. Vielmehr überläßt man es, wie oben ausgeführt, dem Richter, Zweifelsfälle an der Hand der in der Literatur und von den Gerichten, insbesondere vom Reichsgericht, aufgestellten Kriterien zu entscheiden. Für den Fabrikbetrieb charakteristisch sind darnach:[2] die mehr kaufmännische, auf die Oberleitung und Überwachung des gesamten Betriebes beschränkte Tätigkeit des Unternehmers im Gegensatz zu der technischen seiner Angestellten; die weitgehende Arbeitsteilung[3] unter den Gehilfen und deren Beaufsichtigung durch besonderes Personal, sowie das Fehlen eines Lehrlingsverhältnisses; die Abhängigkeit der Arbeiter vom Unternehmer und ihre persönliche Unterordnung unter eine straffe, fast militärische Disziplin; die Qualität, nach Befinden auch die Zahl der beschäftigten Personen, insbesondere die Verwendung eines verhältnismäßig großen Kontorpersonals; die Größe und die Beschaffenheit der Anlagen, sowohl der Räumlichkeiten als der Betriebseinrichtungen; die Art und Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte: nämlich die mehr mechanische als kunstmäßige Mitwirkung des Menschen und die

---

[1] von Philippovich Bd. 2 S. 86.

[2] Vgl. RG. Bd. 57 S. 387f., RG. i. StS. Bd. 1 S. 381, Bd. 8 S. 127, Bd. 14 S. 426, Bd. 24 S. 357, Bd. 25 S. 5, Bd. 26 S. 190, Bd. 35 S. 289, Bd. 36 S. 38, Annalen des sächsischen Oberlandesgerichts Bd. 3 S. 494, Bd. 4 S. 319f., Bd. 6 S. 110f., 489, Bd. 11 S. 301f., Bd. 16 S. 304f., Bd. 22 S. 6, Kammergericht Berlin im Gew.-KB. Dresden über das Jahr 1902 S. 83ff., Oberlandesgericht Frankfurt im Gew.-KB. Dresden über das Jahr 1903 S. 69, Oberstes Landesgericht München in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 34 S. 560, OVG. Bd. 5 S. 313ff., Bd. 4 S. 341ff.; vgl. auch Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 53, Goldschmidt Bd. 1 S. 510ff., Conrad S. 167, von Landmann Bd. 2 S. 282ff., Bücher in Conrads Handw. d. Staatsw. Bd. 4 S. 383ff.

[3] Über das Wesen dieser Arbeitsteilung vgl. OVG. Bd. 5 S. 314.

umfangreiche Benutzung von Kraft- und Arbeitsmaschinen, sowie die schablonenhafte Anfertigung der Erzeugnisse im großen im Gegensatze zur Individualarbeit im kleinen; die Warenproduktion auf Vorrat, für den Absatz an Wiederverkäufer, nicht auf Bestellung unmittelbar für den Konsumenten; endlich als unbedingt wesentlich das Vorhandensein einer von dem Unternehmer bereitgestellten gemeinsamen Arbeitsstätte.

Abgesehen von diesen Merkmalen hat man in der Wissenschaft noch zahlreiche andere Momente für den einen oder den anderen Begriff vorgebracht, so z. B. für das Handwerk die aufsteigende Personengliederung (Lehrling, Geselle, Meister),[1] die Gleichheit der allgemeinen Bildung bei Prinzipal und Angestellten, die in der Regel beide derselben Volksschicht entstammen,[2] die Aussicht des „Arbeiters", einmal die selbständige Stellung des Meisters erringen zu können[3] u. a. m.[4]

Aber jederzeit ist in der Literatur wie besonders in der Judikatur betont worden, daß keines der beispielsweise für den Fabrikbetrieb als maßgebend anerkannten Kriterien für sich allein ausreiche, im Falle des Vorhandenseins den Begriff der Fabrik zu erfüllen und im Falle des Nichtvorhandenseins auszuschließen,[5] während es umgekehrt nicht erforderlich ist, daß sie alle vereinigt sind;[6] das Zusammentreffen einer Mehrzahl jener Kennzeichen ist unter Umständen geeignet zur Erfüllung des Begriffes.[5] Einzeln können sie heutzutage auch beim Handwerk auftreten.[7] Ja selbst wenn die vom Reichsgericht aufgestellten Merkmale sämtlich konkurrieren, ist es möglich, daß Fabrik-

---

[1] von Schönberg Bd. 2 S. 486, Bücher a. a. O. S. 385.

[2] von Philippovich Bd. 1 S. 176ff., von Schönberg Bd. 2 S. 486, Roscher Bd. 3 S. 711 Anm. 6.

[3] Bücher in Conrads Handw. d. Staatsw. Bd. 4 S. 379.

[4] Vgl. z. B. noch Puchelt-Förtsch Bd. 1 S. 40, von Landmann Bd .1 S. 654d, Bd. 2 S. 282ff., Bücher, Entstehung der Volkswirtschaft S. 200, Goldschmidt Bd. 1 S. 512ff., Lehmann und Ring Bd. 1 S. 39 Nr. 3.

[5] Vgl. RG. i. St.S. Bd. 15 S. 425, Bd. 26 S. 162, Bd. 36 S. 39, dazu auch Gareis S. 71.

[6] Vgl. von Landmann Bd. 2 S. 282.

[7] Vgl. dazu z. B. die Ausführungen bei von Landmann Bd. 2 S. 283ff.

betrieb gleichwohl nicht vorliegt.[1] Die Entscheidung ist immer eine tatsächliche, von der konkreten Gestaltung des Einzelfalls abhängige.[2] Auf den einen, häufig anzutreffenden Irrtum sei jedoch, weil später von einiger Bedeutung, besonders hingewiesen, nämlich den, daß der Umfang des Betriebes, vornehmlich die Größe des Ab- und Umsatzes, den Ausschlag nach der einen oder andern Seite hin geben könnte. Diese Faktoren lassen einen Schluß auf die Art, den Charakter des Betriebes, worauf es bei der Unterscheidung allein ankommt, in keiner Weise zu. Auch ein Handwerker kann ein umfangreiches Geschäft sein eigen nennen, bezw. einen großen Ab- und Umsatz erzielen; so gibt es anerkanntermaßen handwerksmäßige Großbetriebe mit 100 und mehr Arbeitern im Maurer-, Steinhauer-, Zimmerergewerbe und sonstigen Zweigen des Bauhandwerks.[3] Das Reichsgericht hat ausdrücklich konstatiert:[4] „Sobald feststeht, daß ein Gewerbe seinem allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehört, so müssen besondere Umstände vorliegen, wenn die Annahme gerechtfertigt werden soll, daß der Handwerksbetrieb durch den Umfang, in welchem das Gewerbe ausgeübt wird, überstiegen wird.“ Jedenfalls wird „ein seiner inneren Beschaffenheit nach handwerksmäßiger Betrieb dadurch nicht zu einem fabrikmäßigen, daß er in erheblichem Umfange geschieht und erhebliche Resultate liefert.“[5] Im Begriffe „Handwerk“ ist also zunächst nicht, wie Staub[6] meint, eine quantitative, sondern vielmehr eine qualitative Umgrenzung des Gewerbebetriebes zu erblicken. „Großbetrieb und Fabrik einerseits und Kleingewerbe und Handwerk anderer-

[1] Vgl. Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 1. Mai 1902, abgedruckt im Gew.KB. Dresden über das Jahr 1902 S. 83.

[2] Vgl. RG. i. StS. Bd. 14 S. 424, Bd. 36 S. 37.

[3] Vgl. von Landmann Bd. 1 S. 655d.

[4] RG. i. StS. Bd. 1 S. 382, Bd. 24 S. 357.

[5] Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 53, vgl. z. B. auch noch Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 6 S. 235, Bd. 8 S. 251, Urteil des OLG. Hamburg vom 16. Dezember 1897, abgedruckt in der DJZ. Jahrg. 1899 S. 180.

[6] Vgl. Staub Bd. 1 S. 71 Anm. 3 und seinen Artikel über „Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuche“ in der DJZ. von 1898 S. 421.

seits fallen begrifflich nicht zusammen."[1] Ein Großbetrieb braucht noch keine Fabrik zu sein,[2] und umgekehrt gibt es Fabrikbetriebe, die, zum mindesten relativ betrachtet, d. h. im Verhältnis zu andern Fabrikanlagen derselben Gattung, nicht zum Großgewerbe gerechnet werden können; auf der andern Seite wird zwar ein Handwerker meist Kleingewerbetreibender sein, aber ebensogut kann, wie oben durch Beispiele erwiesen,[3] ein Handwerksbetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen.

Daß diese von uns vertretene Ansicht auch dem Standpunkte des HGB entspricht, ergibt sich aus der speziellen Aufführung der Handwerker neben den Kleingewerbetreibenden im § 4 Abs. 1, der es andernfalls nicht bedurft hätte. Darum ist die Ausdrucksweise des Gesetzes im § 1 Abs. 2, wo es in den Ziffern 2 und 9 vom „Umfang des Handwerks" spricht, nicht zutreffend und unseres Erachtens, wenn man, wie aus dem Berichte der Reichstagskommission hervorgeht,[4] in den angezogenen Stellen die Handwerker hat ausschließen wollen, die Wendung des alten HGB. in Art. 272 Ziff. 5 „sofern nicht der Betrieb nur ein handwerksmäßiger ist" bei weitem vorzuziehen.

Ebensowenig wie durch den großen Umfang des Geschäftes geht die Handwerkereigenschaft dadurch verloren, daß ein Gewerbetreibender im Zusammenhange mit seinem Handwerk auch mit nicht selbst angefertigten Waren handelt, wie viele Buchbinder, Klempner, Uhrmacher und dergleichen,[5] sofern nur der Schwerpunkt der Tätigkeit im Betriebe des Handwerks liegt.[6] Denn diese Erscheinung beruht auf der „geschichtlichen Entwickelung, die das Handwerk in Deutschland genommen hat".[7] Sinkt freilich das Handwerk zur bloßen Nebenbeschäftigung herab, die nur

---

[1] Gew.-KB. Dresden über das Jahr 1901 S. 32.

[2] Vgl. RG. 57 S. 386.

[3] Vgl. S. 15.

[4] Vgl. Komm.-Ber. in Hahns Mat. Bd. 6 S. 533.

[5] Vgl. RG. i. StS. Bd. 21 S. 211f., Bd. 24 S. 81, Bd. 31 S. 179, Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 52, Cosack Bd. 1 S. 48, Conrad S. 159 Bd. 2.

[6] Vgl. von Hahn Bd. 1 S. 50 § 13b zu Art. 10.

[7] RG. i. StS. Bd. 21 S. 211.

noch zur Unterstützung und Förderung eines nicht handwerksmäßig betriebenen Hauptgewerbes dient, wie dies z. B. der Fall ist bei der Reparaturwerkstätte eines Fahrrad- oder Uhrenhändlers, so bleibt es überhaupt unberücksichtigt und nur der Hauptbetrieb entscheidet. Steht endlich der Handel mit den Fabrikaten Dritter in gar keiner Beziehung zu dem Handwerke, sondern völlig gesondert und selbständig organisiert neben ihm[1] — ein Buchbinder besitzt etwa einen kleinen Zigarrenladen —, so unterliegt jedes einzelne Gewerbe einer selbständigen Beurteilung.

Es erübrigt sich noch, mit einigen Worten die Arten des Handwerks, die man insbesondere in der volkswirtschaftlichen Literatur unterscheidet, zu berühren. Die neuere Nationalökonomie[2] teilt die Handwerker ein in:

1. Handwerker, die, ohne Material oder Zutaten und unter Umständen ohne die nötigen Werkzeuge anzuschaffen, nur für andere, beispielsweise für eine Fabrik, arbeiten, z. B. Sticker oder Mantelnäherinnen; sie unterstehen wie die gewöhnlichen gewerblichen Arbeiter nicht dem HGB., sondern der Gewerbeordnung, fallen also aus unserer Darstellung heraus;

2. Handwerker, die unmittelbar mit dem konsumierenden Publikum in geschäftlichen Verkehr treten, sogen. Kundenhandwerker, mit den beiden Unterarten

a) der Lohnhandwerker oder Lohnwerker,[3] die von dem Besteller gelieferten Stoff[4] für diesen gegen bestimmten Lohn bearbeiten oder verarbeiten, wie Flickschuster und -schneider, Spinner, Färber usw.

b) der Preiswerker, die regelmäßig selbst angeschafften, also eigenen Stoff für fremden Bedarf bearbeiten oder verarbeiten;

[1] Wenn dies anzunehmen ist, darüber vgl. RG. i. StS. Bd. 21 S. 212.

[2] Vgl. Bücher, Die Entstehung der Volkswirtschaftslehre S. 81 ff., Roscher Bd. 3 S. 668 § 102, Königsberger S. 11.

[3] Über die weitere Einteilung der Lohnwerker in die beiden Gruppen der „Störer“ und der „Heimwerker“ vgl. Bücher in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 4 S. 368 und Bücher, Die Entstehung der Volkswirtschaft S. 190 ff.

[4] Diese Formulierung ist unseres Erachtens zu eng, da z. B. auch Barbiere, Friseure, Schornsteinfeger usw. unter diese Kategorie von Handwerkern zu subsumieren sind; vgl. z. B. Goldschmidt Bd. 1 S. 537.

hierzu gehört die große Masse der Handwerker, wie Bäcker, Fleischer, Klempner, Tischler usw.

Welche Stellung die für das Handelsrecht allein in Betracht kommenden Kategorien unter 2. in unserer Untersuchung über den Begriff des Minderkaufmanns einnehmen, wird sich weiter unten zeigen.

Fassen wir das im vorliegenden Paragraphen Ausgeführte kurz zusammen, so können wir auf die eingangs gestellte Frage, wer Handwerker ist, bezw. wann handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, nur die schon getane Äußerung bestätigend wiederholen: Eine allgemeine, in jeder Hinsicht befriedigende Definition des Handwerksbegriffes läßt sich nicht aufstellen; in zweifelhaften Fällen muß der Richter auf Grund jeweilig verschiedener Merkmale entscheiden, ob ein Gewerbe handwerksmäßig betrieben wird oder nicht.

§ 4.

Ist jeder Handwerker Kaufmann?

Nicht alle Handwerker kommen schlechthin für den Begriff eines Minderkaufmanns in Frage. In erster Linie — und davon soll in diesem Paragraphen die Rede sein — sind diejenigen auszuscheiden, die keine Kaufleute sind, die also bezüglich ihres Gewerbebetriebes nicht unter die §§ 1—3 HGB. fallen; denn die oberste Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft ist, wie wir bereits oben hervorgehoben und wie sich aus dem Worte selbst ergibt, die Kaufmannseigenschaft. Grundsätzlich könnte nun allerdings, wie jeder Gewerbetreibende, auch jeder Handwerker Kaufmann sein bezw. werden, entweder nach § 1 HGB., wenn sein Handwerk zu den Grundhandelsgewerben gehört, oder aber nach § 2, wenn sein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist. Indessen dürften Handwerksbetriebe der letzteren Art, ganz abgesehen davon, daß sie ihrem Inhaber stets und nur die Vollkaufmannseigenschaft verschaffen und deshalb für unsere weitere Betrachtung fortfallen würden, im praktischen Leben verhältnismäßig selten

vorkommen. Denn was verlangt § 2 als Bedingung der Eintragungsmöglichkeit bez. Eintragungspflicht?: „ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert". Ein Doppeltes muß also erfüllt sein: die Art sowohl als der Umfang des Gewerbes müssen eine kaufmännische Organisation erheischen. Nicht ist beides, wie auch in der Rechtsprechung allenthalben anerkannt ist,[1] zu identifizieren oder, wie Staub[2] will, das „nach Art" einfach zu ignorieren. Es lassen sich umfangreiche Geschäftsbetriebe denken, bei denen sich die Abwickelung der Geschäfte so einfach und durchsichtig vollzieht, daß es spezifisch kaufmännischer, genauer vollkaufmännischer[3] Einrichtungen[4] nicht benötigt,[5] z. B. bei Bauunternehmern, die ausschließlich mit fremdem Material für fremde Rechnung arbeiten.[6] So hat das Kammergericht Berlin einen solchen Bauunternehmer, obwohl er einen Techniker, etwa 50 Gesellen und überdies Lehrlinge beschäftigte und über 70 000 M. jährlich Löhne zahlte, in einer Entscheidung vom 29. Oktober 1900[7] nicht für eintragungspflichtig erklärt, und ähnlich hat sich auch das sächsische Oberlandesgericht in einem Beschlusse vom 28. Januar 1902 ausgesprochen.[6] Ebenso werden selbst „in großem Umfang betriebene Tanz-, Turn- und Schwimmunterrichtsanstalten, Gesindevermittlungsbureaux eine kaufmännische Buchführung nicht erfordern, weil es sich regelmäßig

[1] Vgl. z. B. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 143, 396, 515 f., Bd. 6 S. 235, Bd. 8 S. 94.

[2] Vgl. Staub Bd. 1 S. 63 f. Anm. 7 und 8.

[3] Vgl. Lehmann und Ring Bd. 1 S. 31 Nr. 3 a.

[4] Das sind u. a. eine nach kaufmännischen Grundsätzen geordnete Buchführung, der Gebrauch einer Firma, eine besondere Art der Korrespondenz, der Kassenführung und der Zahlungsleistungen, die periodische Aufstellung von Inventar und Bilanz, die Zurückbehaltung von Abschriften der abgesendeten und die Aufbewahrung der empfangenen Geschäftsbriefe, sowie die dadurch mitveranlaßte Beschäftigung eines kaufmännisch geschulten Personals, vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 143, 144 und S. 396.

[5] Vgl. Lotze in Gruchots Beitr., 44. Jahrgang 1900 S. 406 und Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 516.

[6] Vgl. Annalen des sächsischen Oberlandesgerichts Bd. 23 S. 464, Rechtspr. d OL.-Gerichte Bd. 2 S. 143, Bd. 7 S. 146.

[7] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 143.

um einmalige, sofort abgelohnte Dienste, nicht um dauernde geschäftliche Beziehungen handelt".[1] Andererseits gibt es „geringfügige Gewerbe, deren Geschäftsgang äußerst kompliziert sein kann,"[2] die aber eine kaufmännische Organisation entbehrlich machen, „weil für die Beteiligten erhebliche Vermögensinteressen wegen des geringen Umfanges des Unternehmens nicht in Frage stehen."[2] Beide Erfordernisse, Art und Umfang, müssen also zusammentreffen, wenn ein Gewerbebetrieb nach § 2 HGB. registerpflichtig, sein Inhaber Kaufmann werden soll. Wann und ob dies der Fall ist, ist Tatfrage, für deren Entscheidung man die mannigfaltigsten Anhaltspunkte aufgestellt hat. Es sei hier nur auf einen Beschluß vom 9. November 1903 hingewiesen, in dem sich das Kammergericht zusammenfassend dahin äußert:[3]

„Für die Beantwortung der Frage, ob ein gewerbliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, kommt außer dem Umsatze, der sich nach der Höhe der Ausgaben für Anschaffungen und Löhne und der Einnahmen bestimmt, namentlich in Betracht: der Ertrag des Gewerbebetriebes, das darin verwendete Anlage- und Betriebskapital, die Gewerbesteuer, die einen Anhalt für die Bemessung dieser beiden Faktoren bietet, die Größe, Beschaffenheit und Einrichtung der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten, die Art und Beschaffenheit der gewerblichen Hilfsmittel, Werkzeuge und Maschinen, die Zahl und Qualität der im Betriebe beschäftigten Personen, die Art ihres Zusammenwirkens, insbesondere der Grad der stattfindenden Arbeitsteilung und die persönliche Arbeitsleistung des Unternehmers, die Zahl der Lieferanten und der Kunden, die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu ihnen und zu den Angestellten, sowie der Umfang, in dem Kredit gegeben und in Anspruch genommen wird und Wechselverkehr stattfindet."

Die aufgezählten Merkmale, die selbstredend nicht alle vereinigt zu sein brauchen, sind zum großen Teile dieselben wie die

[1] Lehmann und Ring Bd. 1 S. 32 Nr. 5.
[2] Lotze in Gruchots Beiträgen S. 406 a. a. O.
[3] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 94, 95.

den Unterschied zwischen Fabrik und Handwerk begründenden Kriterien,[1] und der Schluß liegt demnach nicht fern, daß ein Handwerksbetrieb, der schließlich die Voraussetzungen des § 2 HGB. erfüllt, zumeist seine Eigenart verloren haben und Fabrikbetrieb geworden sein wird. Unsere obige Behauptung,[2] daß sich Handwerker-Kaufleute nach § 2 und § 3 HGB. praktisch nur wenig finden dürften, erhält also hier ihre Stütze.

Weitaus die meisten Handwerker sind Kaufleute auf Grund des § 1 HGB., weil sie eins der aufgezählten Grundhandelsgewerbe betreiben. Dabei sind allerdings nicht alle dort angegebenen Gewerbearten in gleicher Weise für den Handwerksbetrieb geeignet. So können die in Ziff. 3—8 genannten schon begrifflich nicht Gegenstand des Handwerks sein, während die in Ziff. 2 und 9 aufgeführten, das bloße Bearbeitungsgewerbe und das Druckergewerbe, bei nur handwerksmäßiger Betriebsweise die Kaufmannseigenschaft nach § 1 ausdrücklich nicht verleihen sollen;[3] Handwerker, die „im Tagelohn oder Akkord lediglich fremde Stoffe für andere bearbeiten, ohne Umsatzgeschäfte in Ausübung des Handwerks zu treiben",[4] also die oben „Lohnwerker" genannten, wie Lohnschuster, Flickschneider, Näherinnen usw., sowie Drucker, die nur handwerksmäßig, also z. B. unter Zuhilfenahme nur einer Presse,[5] drucken, sind danach keine Kaufleute. Es bleiben also für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft einzig und allein die unter Ziff. 1 fallenden Handwerksbetriebe

[1] Vgl. oben § 3 S. 13ff.

[2] Vgl. oben S. 18.

[3] a. M. Goldmann S. 30 und Makower Bd. 1 S. 11, die hier außer auf die Art auch auf den Umfang des Betriebes Gewicht legen und unter Ziff. 2 auch Handwerker rechnen, deren Gewerbe „über den Umfang des Handwerks hinausgeht". Was sie dabei unter „Umfang des Handwerks" verstehen, haben sie allerdings verschwiegen. Vgl. unsere Ausführungen oben § 3 S. 16.

[4] Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 33 Ib.

[5] Vgl. § 43 der Kgl. sächs. Ausführungsverordnung zum alten HGB. vom 30. Dezember 1861, wo es heißt: Der Betrieb einer Druckerei (Buch-, Stein-, Kupfer-, Stahldruckerei u. dergl.) ist im Zweifel als ein handwerksmäßiger anzusehen, wenn derselbe nur mit einer Presse ausgeübt wird, vgl. bei Goldschmidt Bd. 1 S. 51 Anm. 49.

übrig, das sind die der sogen. „Preiswerker", die bewegliche Sachen (Waren) anschaffen, um sie nach vorheriger Be- oder Verarbeitung[1] als bewegliche[2] weiter zu veräußern. Hierzu gehört die große Masse der Handwerker, wie beispielsweise Bäcker,[3] Fleischer,[4] Schneider,[5] Tischler,[6] Gerber[7] und viele andere. Sie alle sind Kaufleute kraft ihres Gewerbes.

Unsere Untersuchung bezüglich der Kaufmannseigenschaft der Handwerker führt demnach zu folgendem Ergebnis:

Ein Handwerker ist Kaufmann

1. ohne weiteres nach HGB. § 1, wenn er ein unter Ziff. 1 fallendes Gewerbe betreibt,

2. kraft Eintragung nach HGB. § 2 (also stets Vollkaufmann), wenn er irgendein anderes Gewerbe betreibt und dieses nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

§ 5.

Ist jeder Handwerker-Kaufmann Minderkaufmann?

Von den am Ende des vorhergehenden Paragraphen unterschiedenen beiden Kategorien von Handwerker-Kaufleuten scheidet die zweite von vornherein für die weitere Darstellung aus, da sie, wie oben bemerkt, jederzeit der Vollkaufmannschaft angehört. Die erste Klasse dagegen bietet mancherlei Schwierigkeiten und ist, wenigstens nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtsprechung, keineswegs schlechthin zu den Minderkaufleuten zu rechnen. Das dürfte für den ersten Blick verwunderlich erscheinen; denn das Gesetz sagt kar und deutlich: „Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker .....

[1] Über die Begriffe „Bearbeitung" und „Verarbeitung" vgl. RG. i. StS. Bd. 22 S. 272 f.

[2] Deshalb gehören nicht hierher z. B. alle Bauhandwerker, vgl. Staub S. 70 Anm. 2.

[3] Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 240.

[4] Vgl. RG. i. StS. Bd. 31 S. 178, Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 92.

[5] Vgl. ROHG. Bd. 7 S. 237.

[6] Vgl. RG. Bd. 20 S. 127.

[7] Vgl. ROHG. Bd. 2 S. 442.

keine Anwendung", d. h. eben, der Handwerksbetrieb sei groß oder klein,[1] er ist frei von der Eintragung ins Handelsregister, macht also seinen Inhaber zum Minderkaufmann. Das Beginnen, die §§ 4 und 2 miteinander in Verbindung zu bringen und dieselben Gewerbetreibenden teils für Minderkaufleute nach § 4, teils, beim Vorhandensein der im § 2 normierten Voraussetzungen, für eintragungspflichtig und damit für Vollkaufleute zu erklären, findet, wie es scheint, im Gesetzestexte keinen Anhalt und kann daher nicht, wenigstens nicht ohne weiteres, gebilligt werden.[2] So führt auch das Kammergericht zu Berlin in einer Entscheidung aus:[3] „Der § 4 steht mit dem § 2 HGB. nicht in sachlichem Zusammenhange. Dieser § 4 stellt sich vielmehr als eine Ausnahmebestimmung gegenüber dem § 1 HGB. dar. Sein Sinn ist, daß ein Gewerbetreibender, der wegen des Betriebes der Handelsgrundgeschäfte des § 1 Abs. 2 die Eigenschaft eines Kaufmanns hat, dennoch den Vorschriften über die Firmen usw. nicht unterliegt, wenn er nur ein Handwerk .... betreibt."

Zu demselben Ergebnis führt anscheinend auch die Betrachtung, daß die §§ 1—3 die Normativbestimmungen für den Kaufmannsbegriff enthalten: § 1 schließt sich an das alte HGB. an und führt in der Hauptsache die dort genannten Handelsgewerbe auf, die kraft ihres Betriebes die Kaufmannseigenschaft begründen. „Hierzu tritt aber"[4] im § 2, da diese Aufzählung der sogen. Grundhandelsgewerbe „an einer gewissen Willkürlichkeit leidet"[5] und „mit dem praktischen Bedürfnis und den Anschauungen des Verkehrs nicht mehr überall im Einklang steht,"[5] „ergänzend die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft für jeden sonstigen Gewerbetreibenden,

---

[1] Daß sich der Relativsatz im § 4 Abs. 1 nur auf das Wort „Personen", nicht auf das Wort „Handwerker" bezieht, ist gegen Staub allgemein anerkannt, vgl. z. B. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 92, 251; Lehmann und Ring Bd. 1 S. 39.

[2] So sagt auch z. B. von Landmann schlechthin betreffs der Handwerker: eine Verpflichtung zur Eintragung der Firma kann ... auch nicht aus § 2 HGB. gefolgert werden, vgl. Bd. 1 S. 656 III.

[3] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 395.

[4] Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 195.

[5] Denkschrift a. a. O. S. 192.

dessen Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist".[1] Der § 2 bezweckt also eine Erweiterung des Kaufmannsbegriffes: außer den im § 1 bezeichneten Gewerbebetrieben sollen noch andere gewerbliche Unternehmungen, diese aber nur unter gewissen Voraussetzungen, die Kaufmannsstellung für ihren Inhaber zur Folge haben.[2] Im § 3 endlich schließt die Begriffsbestimmung des Kaufmanns mit der Einschränkung ab, daß Land- und Forstwirte nie als eintragungspflichtig und nur bezüglich eines Nebengewerbes unter Umständen als eintragungsberechtigt, als „Kannkaufleute" anzusehen seien.

Trotz alledem aber vertritt die Praxis gegenwärtig einen anderen Standpunkt. Sie folgt dem Vorgange Staubs,[3] der den § 2 so auslegt, daß er den § 1 berichtigt bezw. ergänzt und auch auf statthabende Ausnahmen desselben, wie z. B. das Handwerk, anzuwenden ist. Der § 2 bedeutet danach eine „allgemeine Bestimmung,[4] welche, abgesehen von den im § 3 bestimmten Ausnahmen, jeden Gewerbebetrieb trifft"[5] und deshalb „auch auf ein solches Unternehmen bezogen werden muß, das an sich dem Handwerke zuzurechnen ist".[5] Danach bezieht sich § 4 nicht auf die Handwerker des § 1 im allgemeinen, sondern nur auf diejenigen, die nicht die Voraussetzungen des § 2 erfüllen; sie allein sollen Minderkaufleute sein. So heißt es in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichtes in einem Kammergerichtsbeschlusse: „Der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist weder Kleingewerbetreibender noch Handwerker im Sinne des § 4."[6] Sein Gewerbe ist vielmehr „wie ein zur Herbeiführung der Firmeneintragung

[1] Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 195.
[2] Vgl. Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 194f., 197.
[3] Vgl. Staub Bd. 1 S. 62ff.
[4] Vgl. darüber unten S. 25f.
[5] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 142.
[6] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 93, sowie auch RG. i. StS. Bd. 34 S. 103, Bd. 35 S. 289.

verpflichtendes Handelsgewerbe, also wie das Gewerbe eines Vollkaufmanns,“[1] zu behandeln.

Diese in der Praxis herrschende Auffassung des § 2 halten wir für die richtige. Sie allein entspricht der ratio legis. Die Begründung dieser unserer Ansicht läßt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 4 herleiten. Schon nach Art. 10 des alten HGB. wurden nicht alle Personen, deren Gewerbe seinem allgemeinen Charakter nach zum Handwerke gehörte, als Minderkaufleute betrachtet, sondern nur diejenigen unter ihnen, deren Gewerbebetrieb im Einzelfalle „die innere Natur des Handwerks bewahrt hatte. Ob dies der Fall war, wurde von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht.“[2] Machten diese beiden Umstände kaufmännische Einrichtungen nötig, so war Art. 10 nicht mehr auf den Gewerbebetrieb anwendbar.

An dieser rechtlichen Position des Handwerkerstandes sollte durch § 4 nichts geändert werden, vielmehr sollte ihm, wie die Denkschrift[3] besagt, „die durch seine Betriebsweise bedingte Sonderstellung, wie bisher, gewahrt bleiben“. Weil ihr Betrieb wie der des Land- und Forstmannes „in Formen und unter Bedingungen sich vollzieht, die von denjenigen des kaufmännischen Verkehrs ganz wesentlich abweichen,“[4] und zumeist über den Rahmen des Kleingewerbes nicht hinausgeht, aber „auch der im Großen betriebene Handwerksbetrieb sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns eignet“,[5] deshalb hat man die Handwerker, die eine kaufmännische Berufsbildung ja im allgemeinen nicht genossen haben, von der vollen Strenge des Gesetzes ausgenommen. Sind aber jene Voraussetzungen nicht mehr gegeben, ist vielmehr an die Stelle des einfachen Handwerksbetriebes, den § 4 von den strengeren kaufmännischen Regeln befreit wissen will, ein solcher getreten, der seiner ganzen Art

---

[1] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 2 S. 143.

[2] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 93, sowie RG. i. StS. Bd. 24 S. 357.

[3] Vgl. Denkschrift a. a. O. S. 201.

[4] Vgl. Denkschrift a. a. O. S. 199.

[5] Vgl. Komm.-Ber. zu HGB. § 4 in Hahns Mat. Bd. 6 S. 539.

und seinem Umfange nach vollkaufmännische Einrichtungen unerläßlich macht, so greift auch § 4 nicht mehr Platz. Denn bei einer derartigen Entwickelung, wie sie ja heutzutage immer häufiger zu bemerken ist, überwiegt der kaufmännische Charakter des Geschäftes vollkommen, so daß sein Inhaber mit Fug und Recht zur Eintragung ins Handelsregister und damit zur Übernahme der vollkaufmännischen Pflichten und Rechte gezwungen wird. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb die unter § 1 fallenden Handwerker jederzeit, ohne Rücksicht auf die Größe und die Kompliziertheit des geschäftlichen Organismus, von der Eintragungspflicht ausgenommen, alle übrigen dagegen, wie etwa die Photographen,[1] Bauunternehmer[2] usw., bei Erfüllung der Bedingungen des § 2 daran gebunden sein sollen. Das würde eine Unbilligkeit sein und der ganzen Tendenz des Gesetzes zuwiderlaufen. Denn „der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften", heißt es in der Denkschrift,[3] „beruht weniger auf einer besonderen Eigentümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammensetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwickelung erfordern und zugleich im Interesse aller Beteiligten eine gewisse Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers notwendig machen. Haben sich diese Bedürfnisse auch am frühesten und entschiedensten in dem zum Handel im engeren Sinne gehörenden Verkehre geltend gemacht, so sind doch mit der fortschreitenden gewerblichen Entwickelung ähnliche Verhältnisse bei vielen anderen Arten gewerblicher Unternehmungen eingetreten."

[1] Abweichend von der Rechtsprechung — vgl. z. B. aus neuerer Zeit die Entscheidung des sächs. OL.-Gerichtes vom 10. August 1904, abgedruckt in den Mitteilungen der Handelskammer Leipzig 1904 S. 84 — werden photographische Anstalten von manchen Schriftstellern unter Ziff. 9 HGB., also unter die Druckereien gerechnet, so von Behrend § 27 Anm. 32, Staub S. 58 Anm. 76 Bd. 1.

[2] Daß gerade diese vom § 2 getroffen werden sollen, sagt die Denkschrift ausdrücklich (Hahn, Mat. Bd. 6 S. 194).

[3] Vgl. Denkschrift a. a. O. S. 192.

Sehen wir von einigen unwesentlichen Besonderheiten bei juristischen Personen ab, worüber im § 8 ausführlicher gesprochen werden wird, und ziehen wir das Fazit des bisher Gesagten, so erhalten wir als Resultat der vorstehenden Erörterung und damit des ersten Teiles unserer Abhandlung über den Begriff des Minderkaufmanns:

„**Handwerker**“ in der Beschränkung des HGB. § 4 Abs. 1 sind einzig und allein die Inhaber eines unter HGB. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 fallenden Handwerksbetriebes, der nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert.

Nur ein solcher Handwerker ist Minderkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches.

Zweiter Teil. Die Kleingewerbetreibenden.

§ 6.

Wer ist Kleingewerbetreibender?

Da sich bei der Besprechung der zweiten Klasse der Minderkaufleute vieles wiederholen wird, was wir bereits bei der ersten erörtern mußten, werden wir im Folgenden des öfteren auf den vorhergehenden Teil unserer Darstellung Bezug nehmen und uns daher bedeutend kürzer fassen können.

Die zweite Kategorie der Minderkaufleute wird gebildet durch die „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht,“ die Kleingewerbetreibenden. Was unter diesem Begriffe, namentlich dem „Umfang des Kleingewerbes“, zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Auch hier wird also, wie bei der Festlegung des Handwerksbegriffes, die Verkehrsanschauung, bezw. der Richter auf Grund derselben zu entscheiden haben. Indessen ist dabei der Abs. 3 des § 4 zu berücksichtigen, wo den Landesregierungen die Befugnis eingeräumt ist,

„Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäfts-

umfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteueruug nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird."[1]

Anders als bei der Abgrenzung des Handwerks vom Fabrikbetrieb sind demnach die Einzelstaaten berechtigt, die Grenze zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe wenigstens näher festzusetzen, und der Richter muß sich im konkreten Falle immer vergewissern, ob der Bundesstaat, in dem das betreffende Handelsgewerbe betrieben wird, diesbezügliche Anordnungen getroffen hat. Denn wenn dies geschehen, dann sind die landesrechtlichen Bestimmungen im ganzen Reiche maßgebend für die Beurteilung aller der Kaufleute, die in jenem Lande ihr Gewerbe betreiben.[2] Es ist danach nicht ausgeschlossen, daß der Inhaber mehrerer Handelsgewerbe, die unabhängig voneinander in verschiedenen Bundesstaaten, aber sonst in ganz gleicher Weise und gleichem Umfange betrieben werden, für das eine als Minderkaufmann, für ein anderes als Vollkaufmann zu gelten hat; bei Zweigniederlassungen dürfte die Hauptniederlassung ausschlaggebend sein.[3] Glücklicherweise ist von diesem Vorbehalte des Abs. 3 so gut wie kein Gebrauch gemacht[4] und die drohende Rechtszersplitterung im Reiche dadurch vermieden worden.

[1] Nach dem preußischen Ausführungsgesetze zum HGB. v. 29. Sept. 1899 Art. 1 sind für den Erlaß solcher Bestimmungen der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig. Vor dem Erlaß sollen sie in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich hören. Ähnliches gilt für Sachsen und Bayern, vgl. die diesbezüglichen Verordnungen vom 10. Nov. 1899 § 1 bezw. vom 24. Dez. 1899 § 24 (Plange S. 22 Anm. 1). In Mecklenburg-Schwerin soll der Erlaß gemeinschaftlich von den Großherzogl. Ministerien des Innern und der Justiz ergehen (Ausf.-Verordn. z. HGB. § 1), vgl. Lehmann und Ring Bd. 1 S. 40 Anm. 4.

[2] Vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 540 Anm. 47 zu § 46, Staub S. 55 Anm. 11e.

[3] Vgl. Plange S. 21, Goldmann S. 33 IV, Lehmann und Ring S. 40 Nr. 5 Bd. 1.

[4] Also im Gegensatze zum alten Recht, wo noch dazu der Abs. 3 des Art. 10 eine viel weitergehende Befugnis enthielt, vgl. oben § 2 S. 5. Heute besteht, soviel wir wissen, nur in Schwarzburg-Rudolstadt eine diesbezügliche Verordnung vom 11. Dez. 1899, in der bestimmt ist: Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 Mark, noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 Mark erreicht

So bleibt denn ebenso wie die schwierige Abgrenzung von Handwerk und Fabrik auch die nicht minder schwierige von Groß- und Kleinbetrieb, da auch hier eine allgemeine Begriffsbestimmung nicht angängig ist, der Praxis überlassen, und diese hat zu urteilen nicht nach freiem Ermessen, sondern ebenfalls nach den auch für den Begriff des Kleingewerbes von Wissenschaft und Rechtsprechung aufgestellten Merkmalen und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles. Das ausschlaggebende Kriterium soll dabei, wie sich aus dem Hinweis auf den Geschäftsumfang im Gesetze selbst[1] ergibt, nicht die Art des Betriebes wie bei der ersten Klasse der Minderkaufleute sein, sondern hauptsächlich der Umfang des Geschäftes, und wenn es sich um die Frage handelt, ob eintragungspflichtig oder nicht, dann hat der Richter nicht wie bei den Handwerkern Art und Umfang, sondern einzig den Umfang des Gewerbes zu prüfen.[2] Damit tritt gerade das neue HGB. in bewußten Gegensatz zum alten, das für den Erwerb der Minderkaufmannseigenschaft in erster Linie Gewicht legte auf die innere Natur des Gewerbebetriebes. Die allgemeine Bestimmung, daß die Kleingewerbetreibenden als solche zur Minderkaufmannschaft gehören sollten, war dem alten HGB. jedenfalls, wie oben dargetan,[3] nicht bekannt, wenn sie auch tatsächlich als bestehend angenommen und von den Gerichten dementsprechend verfahren wurde.[4] Und gerade „die vielfach geübte und zum Teil auch durch die Ausführungsverordnungen zum Handelsgesetzbuche sanktionierte Praxis der Registergerichte“[5] hat der Gesetzgeber im § 4 zur Anerkennung bringen wollen, da sie allein den Bedürfnissen des Verkehrs ent-

---

Plange S. 23). — Über die Frage, ob in Preußen, wo die Gewerbebetriebe seit dem Gewerbesteuergesetze vom 24. Juni 1891 zwecks Besteuerung in 5 Klassen eingeteilt sind, eine nach dem Geschäftsumfange bemessene Steuerpflicht eingeführt ist, vgl. Staub in der DJZ. Jahrg. 1898 S. 421, wo dieser die Frage verneint.

[1] § 4 Abs. 3.

[2] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 251, Bd. 6 S. 435.

[3] Vgl. oben § 2 S. 6, sowie die Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 201.

[4] Vgl. Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 201 und Lotze in Gruchots Beitr. 44. Jahrg. 1900 S. 407.

[5] Goldmann S. 30 Anm. 1, I.

spricht. Wenn daher Staub[1] behauptet, zum Begriffe Kleingewerbe gehöre das gerade Gegenteil von dem Erfordernisse, welches § 2 aufstellt, so können wir dieser Ansicht, wenigstens in so allgemeiner Fassung,[2] nicht beipflichten. Denn § 2 berücksichtigt Art und Umfang, § 4 aber nur den Umfang des Betriebes. „Ist aber für das Prinzip des § 2 der Umfang und die Art, für das des § 4 aber nur der Umfang des Gewerbes maßgebend, so läßt sich doch wohl nicht annehmen, daß diese beiden Prinzipien sich decken."[3]

Um so befremdender ist es für uns, daß selbst der höchste Gerichtshof des Deutschen Reiches den allgemeinen Satz aufgestellt hat, daß „die Vorschriften über Führung von Handelsbüchern usw. außer Anwendung bleiben sollen, wo ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert".[4] Dieser Formulierung können wir nicht zustimmen, da sie dem Richter eine doppelte Prüfungspflicht auch hinsichtlich der Abgrenzung des Kleingewerbes[5] auferlegt. Die Art des Gewerbes bedarf aber bei der zweiten Klasse der Minderkaufleute keiner besonderen Würdigung mehr; auf sie ist bereits im § 1 — nur die hier aufgezählten Handelsgewerbe kommen, wie wir sehen werden,[6] für den Begriff des Kleingewerbes in Betracht — Rücksicht genommen. Indessen ist wohl zu sagen, daß die allein in Frage stehenden Handelsgewerbe des § 1 bei Großbetrieb in der Regel auch ihrer Art

[1] Staub S. 74 Anm. 8 Bd. 1.

[2] Vgl. aber unten S. 33 Text und Anm. 3.

[3] Lotze in Gruchots Beitr. 44. Jahrg. 1900 S. 409.

[4] RG. i. StS. Bd. 34 S. 103. Als direkt unrichtig muß aber die Bd. 35 S. 289 gebrauchte Wendung bezeichnet werden, es würde bezüglich der Beurteilung eines Kaufmanns als Vollkaufmann durch den Unterrichter „dem Sinne der Vorschriften des jetzigen Handelsgesetzbuches vor allem eine Prüfung entsprochen haben, ob nach Art und Umfang des Geschäftes überhaupt ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Betrieb vorlag". Nicht auf das Vorliegen einer kaufmännischen Einrichtung kommt es an, sondern auf das Erforderlichsein derselben. Beides fällt aber nicht notwendig zusammen, vgl. Staub S. 73 Anm. 4 Bd. 1.

[5] Wie sie von uns für die Begriffsbestimmung des Handwerks im Sinne von § 4 Abs. 1 anerkannt worden ist, vgl. oben S. 27 § 5 a. E.

[6] Vgl. unten § 7 S. 34.

nach eine spezifisch kaufmännische Organisation erheischen werden,[1] bezw. daß bei der Beurteilung des Umfanges auch die ganze Art des Gewerbebetriebes von Bedeutung sein wird, jedoch nicht unbedingt, als selbständiges Merkmal neben dem Umfang wie im § 2, sondern nur als ein die Fixierung jenes Begriffes förderndes Moment. Praktisch kämen wir daher zu demselben Resultate wie das Reichsgericht, nur würden wir die umgekehrte Fassung der von ihm aufgestellten Behauptung für richtiger halten, nämlich daß § 4 nie Anwendung findet auf gewerbliche Unternehmungen, die nach Art und Umfang vollkaufmännische Einrichtungen nötig machen.

Daß wir mit der Meinung, die wir vertreten, nicht allein stehen, beweisen zwei Urteile der höchsten Gerichtshöfe Sachsens und Preußens aus neuerer Zeit, durch die wir in unserer Ansicht noch bestärkt worden sind. So heißt es in einem Beschlusse des Kammergerichts zu Berlin vom 19. Januar 1903[2] bei der Besprechung des § 4: „ . . . Die Art des Betriebes, die für die Anwendung des § 2 von wesentlicher Bedeutung ist, fällt hier weniger ins Gewicht, weil sie bei den an sich kaufmännischen Gewerben des § 1 von vornherein gegeben ist“ und das gleiche ist einer Entscheidung des sächsischen Oberlandesgerichts vom 10. August 1904[3] zu entnehmen, in der ausdrücklich betont ist, daß die Eintragungspflicht der in § 1 HGB. aufgeführten Handelsgewerbe nicht, wie die der gewerblichen Unternehmungen des § 2, abhängig gemacht werden dürfe von der Art des Betriebes, ob diese kaufmännische Einrichtungen erfordere; denn „bei den Betrieben des § 1 geht das Gesetz von dem Grundsatze aus, es herrsche hier das Bedürfnis nach den kaufmännischen Garantien der Regel nach dergestalt vor, daß von einer Prüfung der Besonderheiten jedes einzelnen Gewerbes abgesehen werden könnte“.[4]

Es fragt sich nun, was verstehen wir unter dem „Umfange“ eines Gewerbebetriebes, den der Gesetzgeber als begriffsgestalten-

[1] Vgl. z. B. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 8 S. 90.

[2] Vgl. Rechtspr. d. OL.-Gerichte Bd. 6 S. 466.

[3] Teilweise abgedruckt in den Mitteilungen der Handelskammer Leipzig 1. Jahrg. 1904 S. 84.

[4] Sächs. Oberlandesgericht a. a. O.

§ 7.

Ist jeder Kleingewerbetreibende Kaufmann?

Nicht jeder Handwerker ist, wie wir oben gezeigt, Kaufmann im Sinne des HGB. Dasselbe gilt von den Kleingewerbetreibenden: Nicht jeder, der irgendein Gewerbe in geringem Umfange betreibt, ist als Kaufmann zu behandeln. Denn alle nicht unter § 1 HGB. fallenden Gewerbebetriebe verschaffen ihrem Inhaber die Kaufmannsstellung, von anderen Voraussetzungen abgesehen, nur im Falle des Großbetriebes, bei kleinem Umfange kommen sie handelsrechtlich überhaupt nicht in Betracht.

Für das kaufmännische Kleingewerbe sind also einzig und allein die sogenannten „Grundhandelsgewerbe" von Bedeutung,[1] die ohne weiteres kraft ihres Betriebes zum Kaufmann machen, allerdings mit einer Ausnahme: das Personentransportgewerbe zu Lande oder auf Binnengewässern muß, wie sich aus dem in Ziff. 5 § 1 HGB. gebrauchten Ausdruck „Anstalten" ergibt, Großbetrieb sein, wenn es nach Handelsrecht beurteilt werden soll; nur dann begründet es überhaupt die Handelsgewerbeeigenschaft. Daß außerdem die unter Ziff. 1 fallenden Handwerker eine Sonderstellung einnehmen, ist im ersten Teil unserer Abhandlung ausgeführt worden. Alle übrigen in § 1 aufgezählten Gewerbearten sind im kaufmännischen Kleingewerbe denkbar, unseres Erachtens auch, prinzipiell wenigstens, die in Ziff. 2 und 9 genannten Handelsgewerbe,[2] die begrifflich das Hinausgehen über den „Umfang des Handwerks", besser eine nicht bloß handwerksmäßige Betriebsweise[3] zur Voraussetzung haben. Denn der qualitative Begriff „Handwerk" ist, wie oben erörtert, durchaus nicht identisch mit

[1] Ebenso wie für das kaufmännische „Handwerk" im Sinne des § 4 Abs. 1 HGB., nur mit der Beschränkung, daß für dieses sogar nur Ziff. 1 des § 1 HGB. in Frage kommt. Im § 4 stände daher statt „Gewerbebetrieb" treffender „Handelsgewerbebetrieb", vgl. dazu Lotze in Gruchots Beitr. 44. Jahrg. 1900 S. 408.

[2] a. M. Staub Bd. 1 S. 74 Anm. 7 und Staub in d. DJZ. Jahrg. 1898 S. 423, auch Lotze in Gruchots Beitr. 44. Jahrg. 1900 S. 408.

[3] Vgl. o. § 3 S. 16.

dem in erster Linie quantitativen des Kleingewerbes. Es kann ein Gewerbebetrieb der Ziff. 2 und 9 über den „Umfang des Handwerks“ hinausgehen, d. h. sein handwerksmäßiges Gepräge verloren haben, und doch Kleinbetrieb sein.[1] Praktisch wird dies allerdings sehr selten vorkommen, ebenso wie das Versicherungs-, Bankier- und Transportgewerbe der Ziff. 3, 4 und 5 in der Regel als Großbetrieb auftritt.[2]

Folglich kommen für unsern Begriff des Kleingewerbes hauptsächlich in Frage die in Art. 10 des alten HGB. speziell erwähnten Höker, Trödler, Hausierer und Wirte,[3] sowie die gewöhnlichen Schiffer und Fuhrleute, ferner aber und vor allem die Kaufleute des täglichen Lebens, wie Kolonialwaren-, Tabak- und Zigarrenhändler usw., dann kleine Geldwechsler, Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter, Handlungsagenten und Handelsmäkler, Buch- und Kunsthändler. Kleine Sing- und Schauspielunternehmungen dagegen, wie überhaupt alle nicht unter § 1 HGB. gehörenden Kleingewerbe, können ihren Inhaber nie zum Kaufmann machen.

§ 8.

Ist jeder kleingewerbetreibende Kaufmann Minderkaufmann?

Die Frage, ob jeder kleingewerbetreibende Kaufmann oder kurz jeder Kleinkaufmann Minderkaufmann sei, ist scheinbar überflüssig. Hat man doch schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches in der Literatur für „Minderkaufmann“ auch den Terminus „Kleinkaufmann“ gebraucht,[4] der jedenfalls, wenn zutreffend, heutzutage weit mehr am Platze wäre; denn anders als bisher soll seit dem 1. Januar 1900 das gesamte kaufmännische Kleingewerbe zu den Handelsgewerben minderen Rechts gehören.

[1] Vgl. Plange S. 16, Goldmann S. 30 zu § 4 I 1.

[2] Vgl. Lehmann und Ring S. 39 Nr. 2 Bd. 1.

[3] Diese vier Kategorien von Gewerbetreibenden können jedoch, was während der Geltungsdauer des alten Rechts ausgeschlossen war (vgl. u. § 8 S. 36), heute u. U. auch Vollkaufleute sein, nämlich wenn sie die Voraussetzungen des § 2 HGB. erfüllen.

[4] Vgl. Thöl Bd. 1 S. 144 § 39.

Dies war die Absicht des Gesetzgebers. Indessen schon der Umstand, daß der viel näher liegende Ausdruck „Kleinkaufmann" statt „Minderkaufmann" in der Doktrin keine Annahme gefunden hat, gibt zu denken. Die beiden Begriffe decken sich eben keineswegs. Einerseits mußte und muß nicht jeder Minderkaufmann unbedingt Kleinkaufmann sein — so waren nach altem HGB. Höker, Trödler, Hausierer und Wirte Minderkaufleute auch bei Großbetrieb,[1] so sind es heute in dem gleichen Falle, soweit nicht § 2 HGB. eingreift, die Handwerker — andererseits war und ist nicht jeder Kleinkaufmann ausnahmslos Minderkaufmann; denn nach altem Recht haben alle Kaufleute, die keine Handwerker sind und mit den Hökern, Trödlern oder Hausierern keine Ähnlichkeit haben, als Vollkaufleute zu gelten.[2] Und auch die heutige Gesetzgebung kennt einige Ausnahmefälle, in denen ein Kaufmann trotz Kleinbetriebes nicht Minderkaufmann, sondern Vollkaufmann ist.[3] Allerdings handelt es sich hierbei nicht sowohl um physische, als um juristische Personen.[4] Die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die eingetragene Genossenschaft nämlich sind jederzeit, auch dann, wenn sie ein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben, was grundsätzlich möglich, wenn auch in der Wirklichkeit selten ist, kraft positiver Gesetzesbestimmung[5] als Vollkaufleute zu beurteilen. „Der vollkaufmännische Charakter dieser Gesellschaften soll von dem Gegenstande — und, wie wir

[1] Vgl. oben § 7 Anm. 3 S. 35.

[2] Vgl. oben § 2.

[3] Die folgenden Ausführungen gelten auch für das Handwerk (s. oben S. 27 § 5 a. E.).

[4] Wenn wir von Art. 22 Abs. 1 EG. zum HGB. absehen, wonach es „noch lange Zeit Kaufleute geben wird, welche nach Maßgabe ihres Gewerbebetriebes Kleinkaufleute sind, wegen ihrer eingetragenen Firma aber als Großkaufleute gelten", vgl. Laband in seinem Artikel „Zur Würdigung des neuen Handelsgesetzbuchs" in der DJZ. Jahrg. 1900 S. 14.

[5] Vgl. §§ 210 Abs. 2 und 320 Abs. 3 mit § 6 Abs. 1 und 2 HGB., § 13 Abs. 3 des Gesetzes, betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung, vom 20. April 1892 (bei Friedberg S. 614), sowie § 17 Abs. 2 des Gesetzes, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 (bei Friedberg S. 562).

hinzufügen, von dem Umfange — ihres Unternehmens unabhängig sein."[1] Diese vier praktisch seltenen Ausnahmen[2] bezüglich der Behandlung des Kleingewerbes durch den Gesetzgeber dürften indessen die einzigen sein. Denn andere juristische Personen des öffentlichen oder Privatrechts, etwa eine Stadtgemeinde oder ein eingetragener Verein, unterliegen als Inhaber eines Minderhandelsgewerbes den Vorschriften über Minderkaufleute.

Im Anschlusse hieran soll kurz die Stellung der nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen zu einem minderkaufmännischen Gewerbetrieb erörtert werden. Derartige Gebilde können natürlich selbst, weil nicht Rechtssubjekte, nicht Träger der Kaufmannseigenschaft sein, diese kommt vielmehr allein ihren Mitgliedern zu.[3] Die beiden Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die offene und die Kommanditgesellschaft, sind hierbei auszuscheiden, da ihr Dasein ein Vollhandelsgewerbe voraussetzt.[4] Eine Gesellschaft, die ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt, ist niemals eine offene Handelsgesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft; auf sie finden vielmehr die Rechtssätze des BGB. §§ 705 ff. Anwendung.[5] Von sonstigen Gesellschaften ohne Rechtsfähigkeit sind auf dem Gebiete des Handelsrechts allein die stille Gesellschaft sowie die Reederei, auf dem des bürgerlichen Rechts die Gesellschaft der §§ 705 ff. des BGB. als solche fähig, sich mit dem Gewerbe eines Minderkaufmanns zu befassen. Denn für diese Gesellschaftsformen ist es gleichgültig,

[1] Cosack S. 49.

[2] Vgl. Lehmann und Ring S. 38 Bd. 1.

[3] Gerade umgekehrt ist es bei den obengenannten juristischen Personen, die sich aus Voll-, Minder- oder Nichtkaufleuten zusammensetzen können.

[4] Vgl. §§ 105 Abs. 1 und 161 Abs. 1 HGB.

[5] Jedoch ist hierbei auch § 5 HGB. zu beachten, vgl. darüber unten § 10 S. 39 f. Anders liegt die Sache, wenn sich Minderkaufleute zur Fortsetzung ihres alten Gewerbes vereinen und ihr Gewerbe durch diese Vereinigung über den Umfang des Kleingewerbes hinauswächst. In diesem Fall ist eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft natürlich möglich; denn dann ist stets ein Vollhandelsgewerbe vorhanden, abgesehen vom Handwerk, wo allerdings der große Umfang allein für die Erlangung der Vollkaufmannseigenschaft nicht ausschlaggebend ist, vgl. Plange S. 24.

ob ein voll-, minder- oder — die stille Gesellschaft ausgenommen[1] — selbst ein nichtkaufmännisches Gewerbe vorliegt Nach der Art des Gewerbes richtet sich dann jeweilig die Frage nach der Kaufmannsqualität der Gesellschafter.

Dritter Teil. Einzelne Besonderheiten.

§ 9.

Minderkaufmann und Vollkaufmann in einer Person.

Lange Zeit war bestritten, ob die Eigenschaft als Minderkaufmann verschwindet, wenn sie mit der Vollkaufmannseigenschaft in einer Person zusammentrifft.[2] Eine solche Konstellation ist immer nur dann möglich, wenn dieselbe Person zwei oder mehrere voneinander völlig getrennte, d. h. selbständige Geschäfte — allein oder mit andern zusammen — besitzt; denn in diesem Falle allein findet eine gesonderte Beurteilung der einzelnen Gewerbe statt.[3] Dagegen kann die ganze Frage überhaupt nicht aufgeworfen werden, sobald die Gewerbebetriebe derart miteinander verbunden sind, daß sie einen Gesamtbetrieb bilden, etwa eine kleine Druckerei mit einer großen Verlagsanstalt oder ein kleines Antiquariat mit einer großen Sortimentsbuchhandlung.[4]

Die heute allgemein[5] herrschende Lehre nimmt nun mit Recht an, daß die beiden Arten der Kaufmannseigenschaft sehr wohl

[1] Gegenstand der stillen Gesellschaft muß nach § 335 HGB. ein Handelsgewerbebetrieb sein.

[2] Dafür insbesondere Goldschmidt, der Bd. 1 § 46 S. 533 sagt: „Der Kaufmannsstand ist unteilbar. Niemand kann zugleich Vollkaufmann und Kaufmann minderen Rechts sein.“ Dafür auch Thöl Bd. 1 S. 146 § 39 für den Fall, daß die beiden Geschäfte dieselbe Firma führen; vgl. auch Anschütz und von Völderndorff Bd. 1 S. 87, 88.

[3] Vgl. oben § 3 S. 17.

[4] Vgl. Lehmann und Ring Bd. 1 S. 40 Nr. 5.

[5] Vgl. Staub Bd. 1 S. 77 Anm. 19, Lehmann und Ring Bd. 1 S. 40 Nr. 5, Cosack S. 48, Makower Bd. 1 S. 18; so auch schon Behrend S. 194

nebeneinander bestehen können, daß also eine Person für das eine Gewerbe Vollkaufmann, für ein anderes Minderkaufmann sein kann,[1] ebenso wie es möglich ist, daß jemand das eine Mal als Kaufmann, ein anderes Mal als Nichtkaufmann behandelt wird.[2] Ein kleiner Buchbinder oder Kolonialwarenhändler z. B., der zugleich Inhaber einer Dampffärberei ist, würde also mit dem Mitinhaber der letzteren, nicht aber mit dem Mitbesitzer der Buchbinderei bezw. des Kolonialwarengeschäftes eine offene Handelsgesellschaft bilden.[3]

§ 10.

Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann.

Den Minderkaufmann hat man wohl auch als den vom Handelsregister ausgeschlossenen Kaufmann bezeichnet.[4] Diese Charakterisierung dürfte nicht ganz richtig sein. Schon für das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch traf sie insofern nicht zu, als ein — sei es infolge eines Versehens des Registerbeamten oder infolge falscher Auffassung des Registerrichters — ins Handelsregister eingetragener Minderkaufmann nach früherem Rechte Minderkaufmann blieb und von der Eintragung in keiner Weise berührt wurde. Die mannigfachen Unzuträglichkeiten, die sich hieraus ergaben,[5] veranlaßten den Gesetzgeber, in das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 im Interesse der Rechtssicherheit den außerordentlich bedeutungsvollen, dem praktischen Bedürfnis Rechnung tragenden § 5 aufzunehmen, welcher besagt:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft,

---

Anm. 17, Puchelt-Förtsch Bd. 1 S. 36 zu Art. 10 unter 1a, Thöl Bd. 1 S. 146 § 39 unter der Bedingung, daß die Firmenbezeichnung eine verschiedene ist.

[1] Über die Buchführung in solchem Falle vgl. RG. i. StS. Bd. 5 S. 409.

[2] Vgl. Behrend S. 195 Anm. 17, Staub Bd. 1 S. 45 D 1, ROHG. Bd. 11 S. 343.

[3] Vgl. Cosack S. 48.

[4] Vgl. z. B. Thöl Bd. 1 S. 146 § 39, Goldschmidt Bd. 1 S. 526, 527 § 46.

[5] Vgl. darüber Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 203.

nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Absatz 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Nach dieser neuen Bestimmung bleibt auch heute noch der eingetragene Minderkaufmann das, was er ist[1] — wie sollte ein bloßer, noch dazu irrtümlich vorgenommener Formalakt sein Wesen verändern können! — und er selbst wie jeder Dritte kann die Löschung des unrichtigen Eintrags herbeiführen.[2] Solange dies jedoch nicht geschehen ist, gilt der Eingetragene auf Grund des § 5 als Vollkaufmann, d. h. sowohl er selbst als auch die übrigen beteiligten Personen können sich ohne Rücksicht auf ihren guten oder schlechten Glauben[3] auf die Eintragung berufen und verlangen, daß die privatrechtlichen Rechtsvorschriften, die für die Vollkaufleute bestimmt sind, auch im Verkehr mit ihm beobachtet werden.[4] Diese Wirkung des Eintrags fällt weg mit seiner Löschung; denn das „Eingetragensein", nicht das „Eingetragenwordensein" wie bei § 2 ist Voraussetzung der unwiderleglichen Rechtsvermutung (praesumptio juris et de jure)[5] des § 5.[6] Ja für das Strafrecht hat die Eintragung eines Minderkaufmanns ins Handelsregister überhaupt keine rechtliche Bedeutung, wie auch sonst der Strafrichter nicht an die Auffassung des Zivilrichters gebunden ist. „Die Tragweite des § 5," sagt die Denkschrift,[6] „erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden." Auch

[1] Vgl. Staub Bd. 1 S. 78 Anm. 3 zu § 5, Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 57.

[2] Vgl. Staub S. 79 Anm. 5 zu § 5 Bd. 1.

[3] § 15 HGB. hat hier nur die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war, Lehmann und Ring Bd. 1 S. 44 Nr. 2 und Staub S. 79 Anm. 6 zu § 5 Bd. 1.

[4] Vgl. Staub S. 79 Anm. 4 zu § 5 Bd. 1.

[5] Daß eine solche vorliege, behaupten z. B. Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 57, Makower S. 20; a. M. Staub S. 79 Anm. 3 zu § 5.

[6] Vgl. Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 203.

ein eingetragener Minderkaufmann unterliegt deshalb z. B. nicht der Bestrafung wegen betrügerischen bezw. einfachen Bankerutts auf Grund von Absatz 3 und 4 der §§ 239, 240 KO. oder wegen Verstoßes gegen § 1 des sogen. Depotgesetzes vom 5. Juli 1896.

Schlußbemerkungen.

Fassen wir unsere Ausführungen und Betrachtungen in einer kurzen Schlußbemerkung zusammen, so erhalten wir das Ergebnis:

Der Begriff des Minderkaufmanns ist nur anwendbar auf die sogenannten Mußkaufleute des § 1 Abs. 2 HGB. Nur wer eines der dort aufgezählten Grundhandelsgewerbe betreibt, kann unter Umständen — vom Personentransportgewerbe zu Lande oder auf Binnengewässern abgesehen — Minderkaufmann sein. Praktisch vorkommen wird dieser Fall allerdings meist nur bei den Gewerbearten der Ziff. 1, 6, 7 und 8 des § 1 HGB., während die Gewerbe der Ziff. 3, 4, 5 einerseits nicht handwerksmäßig betrieben werden können, andererseits aber in der Regel als Großbetriebe auftreten und dann den Vorschriften über Vollkaufleute unterliegen. Ähnliches gilt von dem Bearbeitungs- und Druckergewerbe der Ziff. 2 und 9, die, wie hier vorausgesetzt, bei nicht mehr bloß handwerksmäßigem Betriebe allermeist auch über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen werden.

So sind denn Minderkaufleute:

1. alle unter § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. fallenden Handwerker, deren Gewerbebetrieb nach Art und nach Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert;

2. alle sonstigen unter § 1 Abs. 2 HGB. gehörigen Gewerbetreibenden, deren Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange kaufmännische Einrichtungen nicht benötigt.

Ausnahmsweise sind jedoch kraft gesetzlicher Bestimmung *nie Minderkaufleute*, auch nicht, wenn sie nur ein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben sollten, die Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Absatz 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Nach dieser neuen Bestimmung bleibt auch heute noch der eingetragene Minderkaufmann das, was er ist[1] — wie sollte ein bloßer, noch dazu irrtümlich vorgenommener Formalakt sein Wesen verändern können! — und er selbst wie jeder Dritte kann die Löschung des unrichtigen Eintrags herbeiführen.[2] Solange dies jedoch nicht geschehen ist, gilt der Eingetragene auf Grund des § 5 als Vollkaufmann, d. h. sowohl er selbst als auch die übrigen beteiligten Personen können sich ohne Rücksicht auf ihren guten oder schlechten Glauben[3] auf die Eintragung berufen und verlangen, daß die privatrechtlichen Rechtsvorschriften, die für die Vollkaufleute bestimmt sind, auch im Verkehr mit ihm beobachtet werden.[4] Diese Wirkung des Eintrags fällt weg mit seiner Löschung; denn das „Eingetragensein", nicht das „Eingetragenwordensein" wie bei § 2 ist Voraussetzung der unwiderleglichen Rechtsvermutung (praesumptio juris et de jure)[5] des § 5.[6] Ja für das Strafrecht hat die Eintragung eines Minderkaufmanns ins Handelsregister überhaupt keine rechtliche Bedeutung, wie auch sonst der Strafrichter nicht an die Auffassung des Zivilrichters gebunden ist. „Die Tragweite des § 5," sagt die Denkschrift,[6] „erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden." Auch

[1] Vgl. Staub Bd. 1 S. 78 Anm. 3 zu § 5, Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 57.

[2] Vgl. Staub S. 79 Anm. 5 zu § 5 Bd. 1.

[3] § 15 HGB. hat hier nur die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizierte Eintragung sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war, Lehmann und Ring Bd. 1 S. 44 Nr. 2 und Staub S. 79 Anm. 6 zu § 5 Bd. 1.

[4] Vgl. Staub S. 79 Anm. 4 zu § 5 Bd. 1.

[5] Daß eine solche vorliege, behaupten z. B. Düringer und Hachenburg Bd. 1 S. 57, Makower S. 20; a. M. Staub S. 79 Anm. 3 zu § 5.

[6] Vgl. Denkschrift in Hahns Mat. Bd. 6 S. 203.

ein eingetragener Minderkaufmann unterliegt deshalb z. B. nicht der Bestrafung wegen betrügerischen bezw. einfachen Bankerutts auf Grund von Absatz 3 und 4 der §§ 239, 240 KO. oder wegen Verstoßes gegen § 1 des sogen. Depotgesetzes vom 5. Juli 1896.

Schlußbemerkungen.

Fassen wir unsere Ausführungen und Betrachtungen in einer kurzen Schlußbemerkung zusammen, so erhalten wir das Ergebnis:

Der Begriff des Minderkaufmanns ist nur anwendbar auf die sogenannten Mußkaufleute des § 1 Abs. 2 HGB. Nur wer eines der dort aufgezählten Grundhandelsgewerbe betreibt, kann unter Umständen — vom Personentransportgewerbe zu Lande oder auf Binnengewässern abgesehen — Minderkaufmann sein. Praktisch vorkommen wird dieser Fall allerdings meist nur bei den Gewerbearten der Ziff. 1, 6, 7 und 8 des § 1 HGB., während die Gewerbe der Ziff. 3, 4, 5 einerseits nicht handwerksmäßig betrieben werden können, andererseits aber in der Regel als Großbetriebe auftreten und dann den Vorschriften über Vollkaufleute unterliegen. Ähnliches gilt von dem Bearbeitungs- und Druckergewerbe der Ziff. 2 und 9, die, wie hier vorausgesetzt, bei nicht mehr bloß handwerksmäßigem Betriebe allermeist auch über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen werden.

So sind denn Minderkaufleute:

1. alle unter § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. fallenden Handwerker, deren Gewerbebetrieb nach Art und nach Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert;

2. alle sonstigen unter § 1 Abs. 2 HGB. gehörigen Gewerbetreibenden, deren Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange kaufmännische Einrichtungen nicht benötigt.

Ausnahmsweise sind jedoch kraft gesetzlicher Bestimmung *nie Minderkaufleute*, auch nicht, wenn sie nur ein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben sollten, die Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

und die eingetragenen Genossenschaften. Ebenso gelten eingetragene Minderkaufleute im Verkehr als Vollkaufleute.

Infolge der zahllosen Schwierigkeiten, die sich einer scharfen Umgrenzung der obengenannten beiden Kategorien der Minderkaufleute darbieten, herrscht nach dieser Richtung hin nicht nur im Volke, in Laienkreisen, sondern auch unter den Juristen ein Gefühl der Rechtsunsicherheit, — eine ungesunde Erscheinung in unserm heutigen Rechtsstaate. Es wäre daher mit großer Freude zu begrüßen, wenn auf irgendeine Weise — was allerdings nicht leicht sein dürfte — eine Regelung dieser Materie durch die Reichsgesetzgebung herbeigeführt werden würde.

Literatur.

(Die Zitierweise ist in Klammern beigefügt. Wo dies nicht geschehen, wird mit dem vollen Titel oder nach dem Verfasser zitiert.)

I.

Anschütz und von Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. Bd. 1. Erlangen 1868.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin und Leipzig 1886.

Bücher, Die Entstehung der Volkswirtschaft. 4. Auflage. Tübingen 1904.

Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie. 2. Teil 4. Auflage. Jena 1904.

Conrad, Elster, Lexis, Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 2. Auflage. Jena 1900 (Handw. d. Staatsw.).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. Stuttgart 1903.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Mannheim 1899.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 6. umgearbeitete Auflage. Berlin 1899.

Gareis und Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. völlig umgearbeitete Auflage. Bd. 1. Stuttgart 1875.

von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. Bd. 1. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Braunschweig 1879.

Königsberger, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. (Diss.) Berlin 1894.

von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 4. Auflage. München 1903.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 12. Auflage. Berlin 1901.

Plange, Der Minderkaufmann. (Diss.). Leipzig 1903.

von Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie. Bd. 1. 5. Auflage. Tübingen und Leipzig 1904. Bd. 2. 2. Auflage. Freiburg 1899.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. Bd. 1. Leipzig 1893. Bd. 2. Leipzig 1894.

Roscher, System der Volkswirtschaft. Bd. 3. Die Nationalökonomik des Handels und Gewerbefleißes. 7. vermehrte Auflage. Stuttgart 1899.

von Schönberg, Handbuch der politischen Ökonomie. Bd. 2. 4. Auflage. Tübingen 1896.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Bd. 1. 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Auflage. Leipzig 1879.

II.

Berichte der Gewerbekammer Dresden über die Jahre 1901, 1902, 1903 (Gew.-KB. Dresden).
Denkschrift der Handelskammer für den Regierungsbezirk Köslin zu Stolp i. Pom. Die Streitigkeiten über die Zugehörigkeit zu der Handelskammer und der Handwerkskammer. Stolp i. Pom. 1904 (Denkschr. d. HK. Stolp).
Deutsche Juristen-Zeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub. Berlin, Verlag von O. Liebmann.
Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart (Goldschmidts Zeitschrift).
Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6. Materialien zum Handelsgesetzbuche. Berlin 1897. (Hahns Mat.)
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Der ganzen Reihe 44. Jahrgang. Berlin 1900. (Gruchots Beitr.)
Handbuch der Unfallversicherung. 2. Auflage. Leipzig 1897.
Jahresbericht der Gewerbekammer zu Leipzig 1903. Leipzig 1904. (Gew.-KB. Leipzig).
Mitteilungen der Handelskammer zu Leipzig. Herausgegeben von Wendtland. 1. Jahrgang. Leipzig 1904.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858.

III.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Veit & Comp. (RG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Veit & Comp. (RG. i. StS.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen. (ROHG.)
Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. Herausgegeben von A. J. Lossnitzer, Präsident des Oberlandesgerichts und K. B. Kurtz, Senatspräsident am Oberlandesgericht.
Jahrbücher des Königl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. (OVG.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann. Leipzig, Veit & Comp.

IV.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches. 6. Auflage. Leipzig 1904.
Hellweg, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 12. Auflage. Berlin 1903. (GVG.)
Krückmann, Das bürgerliche Gesetzbuch. Leipzig 1901. (BGB.)
Sydow-Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 9. vermehrte Auflage. Berlin 1902. (KO.)
Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten. Berlin 1791. (ALR.)
HGB. = Handelsgesetzbuch. Art. oder §§ ohne weiteren Zusatz als die Nummer beziehen sich auf das alte bezw. neue Handelsgesetzbuch.

Verlag von VEIT & COMP. in Leipzig

Die Miete

von Wohnungen und anderen Räumen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Unter Berücksichtigung der Ausführungsgesetze
für Richter und Rechtsanwälte

bearbeitet von

Hermann Brückner,
Reichsgerichtsrat.

Zweite, umgearbeitete Auflage.

gr. 8. 1902. geh. 4 ℳ, geb. in Ganzleinen 5 ℳ.

Die Handelsgesetzgebung

des Deutschen Reiches.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 einschließlich des Seerechtes.
Allgemeine Deutsche Wechselordnung. Die ergänzenden Reichsgesetze.
Die bundesstaatlichen Ausführungsbestimmungen zum Handelsgesetzbuche.

Mit ausführlichem Sachregister herausgegeben von

Dr. Emil Friedberg,
Königl. Sächs. Geheimer Rat und ord. Professor der Rechte an der Universität Leipzig.

Siebente, bis Ende 1903 fortgeführte Auflage.

8. 1904. geb. in Ganzleinen 6 ℳ.

Der Prinzipal und seine Angestellten

— Prokuristen, Handlungsgehilfen, Handlungsreisende, Handlungslehrlinge
und kaufmännische Agenten —

in ihren gegenseitigen Rechten und Pflichten.

Auf Grund des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 und der sonstigen neuen Gesetzgebung

dargestellt von

Hermann Pilz,
Syndikus.

8. 1898. geb. 2 ℳ.

Der Einfluss des Konkurses

auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners.

Von

Dr. iur. Walther Voigt.

gr. 8. 1903. geh. 6 ℳ.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.